



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 **08 2019 00553 01**
Demandante: YOLANDA TERESA ESTUPIÑAN APONTE
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de instancia fue adversa a los intereses de la entidad, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOLANDA TERESA ESTUPIÑAN APONTE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que cuenta con más de 1000 semanas cotizadas al 8 de diciembre de 2013, fecha en la que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplió 55 años de edad, se corrija su historia laboral, se condene a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 8 diciembre de 2013, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació 8 de diciembre de 1958 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º de julio de 1975, misma calenda en la que empezó a efectuar cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Que el 20 de agosto de 2008, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le expidió certificación en la que registraba a esa data 950 semanas, motivo por el cual realizó cotizaciones a pensiones nuevamente a partir del 1º de junio de 2009, ello con el fin de alcanzar su prestación pensional de vejez a partir del 8 de diciembre de 2013, conforme lo regulado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

No obstante, en certificaciones emitidas posteriormente no se encontraron los periodos cotizados del 1º de julio al 4 de agosto de 1975 y del 4 de noviembre de 1975 al 20 de noviembre de 1979, con los empleadores FUNDACIÓN SANTA MARÍA y CARAVANA S.A., respectivamente; inconsistencias ante las cuales realizó diferentes solicitudes de corrección ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y COLPENSIONES, sin obtener respuesta positiva.

Expuso que mediante Resolución GNR 412983 de 21 de diciembre de 2015, la encartada le negó la pensión de vejez al no tener en cuenta los periodos anteriormente mencionados; sin embargo, en certificación emitida el 17 de febrero de 2018, indicó que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de julio de 1975, siendo evidentes las inconsistencias sobre la fecha de afiliación y la de la primera cotización que se registra, esto es, el 21 de noviembre de 1979. Destacando que la pasiva no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desplegó actuar alguno tendiente a corregir tales falencias, solo se ciñó a solicitarle documentos que dieran soporte a sus reclamos.

Asevero que intentó conseguir certificación laboral del empleador CARAVANA S.A. el 18 de septiembre de 2014, sin obtener respuesta a su solicitud, destacando que dicha sociedad fue liquidada el 30 de diciembre de la misma anualidad y que la falta de dichos periodos conllevo a la pérdida del régimen de transición y la posibilidad pensionarse conforme lo normado en el Decreto 758 de 1990. Por último, indicó que les es imposible efectuar las cotizaciones requeridas en la actualidad para lograr el derecho pensional pretendido, dado que no se encuentra laborando.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Expuso que la demandante cuenta con 1171 semanas cotizadas al ciclo de octubre de 2020, de la misma forma adujo que no cuenta con el requisito de 1000 semanas cotizadas al 31 de julio de 2010, o al 31 de diciembre de 2014, y además no se allegaron pruebas que permitan corroborar la existencia del vínculo laboral con los empleadores FUNDACIÓN SANTA MARÍA y CARAVANA S.A., por los meses de julio y agosto de 1975 y de noviembre de 1975 a noviembre de 1979, respectivamente.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, ordenó a la entidad demandada corregir la historial laboral de la demandante, incluyendo los periodos cotizados por la FUNDACIÓN SANTA MARÍA entre el 1º de julio de 1975 al 4 de agosto de 1975 y por CARAVANA S.A. del 4 de noviembre de 1975 al 25 de febrero de 1982.

De la misma forma, declaró que es beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia, condenó a la entidad a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir de la fecha en que acredite el retiro del sistema, a razón de 13 mesadas anuales, conforme lo normado en Acuerdo 049 de 1990; precisando que la entidad debe liquidar la mesada en la forma establecida en la sentencia de primer grado, sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente; e igualmente, autorizó a COLPENSIONES efectuar los descuentos por concepto de aportes a salud. Por último, declaró no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho y la obligación, propuestas por la demandada y la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, recordó que la encartada mediante Resolución GNR 2983 del 21 de diciembre de 2015, negó la prestación pensional deprecada a la demandante, por considerar que no acreditaba el requisito mínimo de semanas de cotización. De otra parte, encontró acreditado que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de junio de 1975; además del reporte de semanas cotizadas de 1967 a 1994 que fuera impreso el 20 de agosto de 2018 (Fls. 8 a 15), observó novedades de ingreso, cambio de salario y retiro por parte de la razón social CARAVANA & CIA, a favor de la promotora por el periodo comprendido del 1º de noviembre del 1975 al 25 de febrero del 1982, sucediendo lo mismo con la FUNDACIÓN SANTA MARÍA por el 1º de julio de 1975 al 4 de agosto del 1975, documento al cual le dio valor probatorio por cuanto no fue tachado ni



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desconocido por la pasiva y además porque obran copias del mismo en el expediente administrativo que aportó la demanda (Fl. 46).

Destacando que la falta de registro de tales periodos en la historia laboral de la demandante, obedecieron a errores administrativos involuntarios por parte de la administradora de pensiones demandada, en consecuencia accedió a la súplica inicial del libelo genitor, de corrección de la historia laboral, incluyendo los periodos cotizados por parte de la FUNDACIÓN SANTA MARÍA entre el 1º de junio del 1975 al 4 de agosto de 1975 y por CARAVANA S.A. entre el 4 de noviembre del 1975 al 25 de febrero del 1982.

Señaló que si bien obran cotizaciones a nombre de la actora a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM entre el 21 de noviembre de 1979 y el 16 de diciembre del 1993, existiendo así periodos simultáneos entre el 21 de noviembre del 1979 al 25 de febrero del 1982, estos solo pueden servir para incrementar el IBL.

De esta forma, a las 1203 semanas que aparecen en el reporte de folios 57 a 61, adiciona 213 semanas efectivamente cotizadas, con las que alcanza un total de 1416, de modo tal que así acredita la actora ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 del 1993, ya que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años y 946,86 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acreditando 1000 semanas en cualquier tiempo, pues conforme a lo establecido en precedencia en toda la vida alcanzó un total de 1.416 al 8 de diciembre de 2013, fecha en la que contaba con 55 años de edad.

De otra parte, respecto a la fecha de reconocimiento de la prestación pensional, dijo la falladora de instancia que, conforme lo regulado en el artículo 13 del Acuerdo 049 del 1990, es necesaria su desafiliación del sistema para que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pueda entrar a disfrutar de la misma, ya que si bien al 25 de octubre de 2013 contaba con las semanas y la edad requería, advirtió que continuaba cotizando al sistema para el ciclo de junio de 2021, sin registro de novedad de retiro, por lo que el disfrute de la mesada pensional solo iniciara a partir de la fecha en que se produzca la desafiliación al régimen, por tanto, la entidad demandada deberá definir el valor de la mesada conforme lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 del 1993, al cual aplicará una tasa de remplazo del 90% acorde con lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 20 del Acuerdo 049 del 1990, sin que la cuantía de la mesada sea inferior al SMLMV, sobre 13 mesadas anuales, y autorizó el descuento de los aportes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la excepción de prescripción, dijo que no surtía efectos por cuanto la prestación pensional aún no ha sido exigible, siendo evidente que no ha transcurrido el término trienal previsto en el artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la demandante continúa cotizando al sistema. Igualmente declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que en lo atinente a la efectividad de la prestación reconocida, solicita se tenga en cuenta que si bien existen cotizaciones posteriores al cumplimiento de la edad por parte de la actora, también lo es, que ello se dio en razón a que COLPENSIONES la hizo incurrir en error al decirle que había perdido los beneficios del régimen de transición y que tenía que cotizar 1300 semanas a efectos de acceder a la prestación pensional, conforme lo preceptuado en la Ley 797 de 2003.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tanto, solicitó se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que la promotora nunca hubiera realizado cotizaciones de no ser porque COLPENSIONES en reiteradas ocasiones se negó a corregir su historia laboral y como consecuencia de ello le negó su pensión, desconociendo las semanas que en la sentencia de primer grado se reconocen, máxime cuando las primeras reclamaciones datan del año 2013, oportunidad en que manifestó a la pasiva que no quería perder el régimen de transición y que por esa razón buscaba que se le corrigiera su historia laboral, sin quedarle otro camino que el de cotizar pues tenía que garantizar su derecho a la pensión de vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como argumento primigenio, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta las deficiencias de los verdaderos tiempos cotizados como se alude en los supuestos fácticos del *petitum*.

De prosperar el anterior problema jurídico, deberá determinarse la fecha desde la cual debe reconocerse y pagarse la prestación pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

c. Del caso en concreto:

Pretende la parte actora el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo para el efecto que es beneficiaria del régimen de transición, ya que cuenta con más de 1000 semanas cotizadas al cumplimiento de la edad; no obstante, COLPENSIONES no le ha tenido en cuenta las semanas reportadas a su favor por los empleadores FUNDACIÓN SANTA MARÍA y CARAVANA S.A., por los periodos del 1º de julio al 4 de agosto de 1975 y del 4 de noviembre de 1975 al 20 de noviembre de 1979, ello pese a haberlos certificado el 20 de agosto de 2008, de ahí que se deba ordenar la respectiva corrección a la encartada.

Ahora bien, no fue objeto de controversia que la actora se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde el 1º de julio de 1975 (Fl. 24), de la misma forma, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 7), para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años, por lo que en principio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o, 1000 en cualquier tiempo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así pues, alega la demandante que no fueron tenidas en cuenta en su totalidad las cotizaciones realizadas mediante los empleadores FUNDACIÓN SANTA MARÍA y CARAVANA S.A., por los periodos del 1º de julio al 4 de agosto de 1975 y del 4 de noviembre de 1975 al 20 de noviembre de 1979, situación que es dable corroborar con el resumen de historia laboral de la accionante (Fl. 8 a 16), en el cual se evidencia que la fecha de afiliación a través del primero de los aludidos empleadores se dio el 1º de julio de 1975 y la de su retiro el 4 de agosto de ese mismo año, en donde aparece como efectivamente cotizado un total de 35 días, aunado a ello, en el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 al 25 de febrero de 1982, se avizoran un total de 2306 días cotizados por el empleador CARAVANA Y CIA AL CHAP BOGO, documento que valga la pena aclarar no fue desconocido ni tachado por la entidad demandada.

Sin embargo, no puede pasarse por alto, tal como lo mencionó la *a-quo*, que se encuentran cotizaciones simultáneas por el citado empleador CARAVANA Y CIA AL CHAP BOGO y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR del 21 de noviembre de 1979 al 25 de febrero de 1982, luego, resulta concordante la inconformidad de la promotora frente al empleador CARAVANA por la omisión en la falta de registro del periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 1975 al 20 de noviembre de 1979, cotizaciones que no aparecen posteriormente en el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 20 de junio de 2013 (Fl. 16), en el que se registran 891,61 semanas del 21 de noviembre de 1979 al 30 de noviembre de 2012 y en la Resolución GNR 412983 de 21 de diciembre de 2015, en donde se relacionan 958 semanas del 21 de noviembre de 1979 al 31 de diciembre de 2013 (Fl. 17 a 20).

Así, en el *sub-lite* al revisar el expediente administrativo de la actora que fuera aportado por la pasiva (Fl. 62), constata la Corporación que, en el resumen de semanas cotizadas de la demandante, expedido a 20 de agosto de 2021 (Fls. 57



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a 61 vto.), aparece el registro 1203 semanas. Por otra parte, sobre los periodos dejados de registrar con posterioridad al año 2008, anualidad en la que le fue expedida la certificación de tiempos cotizados a pensiones por parte de la enjuiciada, en donde se evidencian los tiempos que se echan de menos, y que equivalen a 213 semanas, se advierte que tal documento se encuentra igualmente en el aludido expediente administrativo.

Ahora, sobre los periodos que no fueron tenidos en cuenta por parte de COLPENSIONES en la historia laboral de la actora, cabe reseñar que sobre este puntual aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha señalado que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019, Radicación No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

“[...] Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

De igual manera, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir una afiliación por parte del empleador, y de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de COLPENSIONES. Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4103-2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

“Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.

En esa medida, al encontrarse acreditada la fecha de afiliación y de retiro por parte de los empleadores FUNDACIÓN SANTA MARÍA y CARAVANA Y CIA AL CHAP BOGO, y no existir evidencia que COLPENSIONES adelantó en debida forma el proceso de corrección del Reporte de Semanas Cotizadas – Periodo 1967 a 1994, no obstante, haber expedido el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 20 de agosto de 2008, dicho reporte en el que se evidenciaban las semanas que más adelante no aparecerían registradas en los reportes que se expidieron a la promotora, por ende, resulta lógico deducir que deben ser tenidas en cuenta todas las semanas durante las cuales estuvo afiliado por dichos emepladores, sin que se le deba imponer una carga adicional a la afiliada.

Siendo ello así, la demandante cumplió la edad exigida el 8 de diciembre de 2013, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1958, y al confrontar los tiempos cotizados, incluyendo los periodos comprendidos entre el 1º de julio al 4 de agosto de 1975 por el empleador FUNDACIÓN SANTA MARIA y del 4 de noviembre de 1975 al 20 de noviembre de 1979 por el empleador CARAVANA Y CIA AL CHAP BOGO, se tiene que antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ya contaba con más de 750 semanas cotizadas, conservando el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, para la fecha del cumplimiento de la edad ya cumplía con la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, más 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, siendo esto acorde al análisis realizado por la falladora de instancia, ya que al 8 de diciembre de 2013 acreditaba 1169 semanas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se concluye que la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición, y por consiguiente merecedora de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.

Ahora, en lo que respecta a la fecha de disfrute se tiene que la tesis del Juzgado consiste en que el reconocimiento pensional se debe efectuar desde la data en que la promotora acredite la desafiliación del sistema, conforme lo normado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, pues con posterioridad existen cotizaciones, inclusive hasta el año 2021.

En este punto, debe recordar esta Corporación que de vieja data se tiene establecido que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización.

Al margen de lo enunciado, también debe recordar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradora, ante la negativa de conceder el derecho pensional. Criterio, vertido entre otros en sentencia SL-5603 del 2016, indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

“No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

Consideraciones que han sido reiteradas en sentencia SL2662-2020, Radicación No. 50231 de 17 de junio de 2020, de modo tal, que con ocasión al parámetro jurisprudencial previamente aludido, y en atención a los argumentos de la parte actora en su alzada, debe mencionarse, con arreglo a los supuestos de hecho ya enunciados, que para la Sala es claro que cuando la demandante radicó la solicitud pensional primigenia el 21 de octubre del 2015 (Fl. 17), si bien, exteriorizó su intención de obtener la pensión deprecada, también lo es que las cotizaciones efectuadas con posterioridad se realizaron en varios de los años siguientes en sumas superiores al salario mínimo mensual legal vigente, ejemplo de ello, son los años 2016, 2017 y 2018, en donde se evidencian cotizaciones sobre \$900.000 y \$925.000, siendo el salario mínimo de esas anualidades la suma de \$689.455, \$737.717 y \$828.116.

Por ende, lo que vislumbra es que no solo se buscaba alcanzar las semanas exigidas por la ley para lograr la prestación pensional de vejez, ya fuese bajo la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

egida del régimen de transición o de la Ley 797 de 2003, sino que también se trataba de incrementar el valor de la mesada pensional, máxime cuando la promotora a lo largo de su vida laboral efectuó cotizaciones en sumas superiores al salario mínimo de cada anualidad, además, sumando las semanas que se adicionaron por vía judicial con las que se acreditan a junio de 2021, alcanza un total de 1416 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Por ende, no puede perderse de vista que, si en gracia de discusión se accediera a reconocer la prestación pensional de vejez desde el cumplimiento de la edad o desde la data que en se solicitó la prestación pensional, la tasa de reemplazo no sería del 90%, conforme lo regulado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, ya que al acreditar la demandante más de 1250 semanas, la tasa de reemplazo de la prestación reconocida sería sobre tal porcentaje, de igual manera, podría aplicarse el IBL de toda su vida laboral o el de los últimos 10 años de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según le fuera más favorable, por lo que en el presente caso el reconocimiento pensional no resulta desatinado desde la fecha de desafiliación del sistema, como lo concluyó la *a-quo*.

En otro giro, y debido a que la prestación de la demandante es inferior a 3 S.M.L.M.V. y se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, le asiste el derecho a 13 mesadas pensionales conforme lo dispone el Parágrafo 6º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005. Asimismo, y tal como lo estimó el *a-quo*, COLPENSIONES podrá descontar de las mesadas que se reconozcan a partir de la desafiliación lo correspondientes a los aportes en salud, pues así lo preceptúa la Ley 100 de 1993, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado se confirme hasta aquí.

Por último, en lo que atañe al fenómeno prescriptivo, el mismo no se configuró de conformidad con lo establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T., pues al quedar supeditado el reconocimiento pensional a la desafiliación del sistema, claro es que no operó el término trienal de prescripción sobre mesada pensional alguna, como se indicó en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 11 2011 00832 02
Demandante: VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO
Demandado: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.;
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS y la
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Se procede a resolver el recurso de apelación elevado por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia del 25 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la mencionada entidad, por cuanto fue condenada y La Nación funge como garante.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO formuló demanda ordinaria laboral en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para que se le condene a reconocer y pagar la indemnización por incapacidad permanente parcial, como consecuencia de su actividad laboral, en el evento en que el



porcentaje de PCL de las enfermedades que padece de Neumoconiosis del Minero del Carbón y Lumbalgia Mecánica Crónica/ Discopatía Múltiple L4 L5 y L5 S1/ Hernia Discal L5 S1, sumen menos del 50%; en caso que la calificación por tales padecimientos supere el referido porcentaje, solicita se condene a la enjuiciada al pago de la pensión de invalidez. Asimismo, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* más la indexación de las sumas reconocidas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de las pretensiones de la demanda, indicó que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, a través de la aseguradora demandada y que el 22 de mayo de 2007 la IPS Saludcoop, emitió calificación en la que le diagnosticó las enfermedades de Neumoconiosis del Minero del Carbón, Discopatía Lumbar Múltiple L4/L5/S1 Compresiva S1 Derecha y Lumbago Mecánico, determinando una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración del 12 de diciembre de 2006.

Aseveró que SALUDCOOP EPS el 25 de septiembre de 2007, calificó como de origen profesional la enfermedad Lumbalgia Mecánica Crónica/Discopatía Múltiple L4, L5 y L5 S1/ Hernia Discal L5 S1, y que el 2 de noviembre de 2007, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, calificó la referida enfermedad como de origen profesional; relata que el 25 de septiembre de 2009, SALUDCOOP EPS calificó como de origen profesional la enfermedad Neumoconiosis del Minero.

Indicó que el 30 de marzo de 2010, elevó derecho de petición a la demandada a fin de que se pronunciara sobre la calificación de las enfermedades que padece, así como del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de las mismas, manifestándose únicamente sobre la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enfermedad de Neumoconiosis del Minero del Carbón, mediante dictamen de 3 de junio de 2010, en el que determinó que el origen es común y omitió pronunciarse sobre las otras patologías, es decir, la Lumbalgia Mecánica Crónica/ Discopatía Múltiple L4 L5 Y L5 S1/ Hernia Discal L5 S1, situación ante la cual manifestó su inconformidad el 17 de junio de 2010, frente al origen de la enfermedad, por lo que solicitó remitir el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca para la respectiva revisión, e igualmente para que se pronunciara sobre la otra enfermedad, sin que a la fecha de presentación de la demanda exista pronunciamiento sobre el origen, el porcentaje y la fecha de estructuración de ambas enfermedades.

Preciso que la enfermedad Neumoconiosis del Minero del Carbón se encuentra en el artículo 1º del Decreto 2566 de 2009, por medio del cual se establece la Tabla de Enfermedades Profesionales, además, adujo que son dos (2) enfermedades, por consiguiente, el dictamen médico debe practicarse por separado, así: primero para la “NEUMOCONIOSIS DEL MINERO DEL CARBÓN” y segundo para la “LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA/DISGOPATÍA MÚLTIPLE L4 L5 Y L5 S1/ HERNIA DISCAL L5 S1”, para luego sumar las pérdidas laboral a fin de establecer la incapacidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que conforme lo reglado en los artículos 7º, 8º y 12 del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 1º de la Ley 776 de 2002, así como de los dictámenes emitidos por esa encartada y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, se determinó que la neumoconiosis del minero del carbón que padece el promotor del litigio es de origen común, por lo que con fundamento en la sentencia T-518 de 2011 y los aludidos dictámenes, al ser dicha enfermedad cronológicamente posterior a la patología lumbar calificada como de origen profesional, en caso que la calificación arroje un resultado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

superior al 50%, corresponde a la administración de pensiones pagar la pensión de Invalidez.

Formuló como excepción previa la de no comprender en la demanda a todos los litis consortes necesarios y como de mérito las de inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y prescripción.

Por auto de 28 de septiembre de 2012, el juzgado de origen tuvo por contestada la demanda a la accionada y se inadmitió la reforma a la demanda, la cual fue subsanada dentro del término de ley, en consecuencia, mediante auto de 24 de enero de 2013, fue admitida (Fls. 100 a 101 y 110).

En la reforma a la demanda se incluyó como demandada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR en razón a que el actor se encontraba afiliado a esa administradora de pensiones, además, al momento de presentación de esta, ha aumentado su pérdida de capacidad laboral y se le han diagnosticado otros padecimientos, destacando que cuenta con más de 50 semanas cotizadas, durante los tres años anteriores a la estructuración, por lo que de determinarse que las enfermedades que padece son de origen común debe responder por la prestación pensional de invalidez (Fls 102 a 108).

De esta forma, la demandada PORVENIR S.A., al contestar la reforma a la demanda, se opuso a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que no se ha emitido dictamen que determine el origen de la enfermedad de origen común o profesional, por lo que no es posible acceder a reconocimiento alguno. De otra parte, aceptó que el actor estaba afiliado a esa administradora.

Propuso como excepción previa la de petición antes de tiempo por ausencia de reclamación administrativa y como de fondo las de inexistencia de obligación a cargo esa sociedad de reconocer y pagar la pensión de validez pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ley para tener derecho a dicha petición, ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos Legales, cobro lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

La demandada POSITIVA S.A., no contestó la reforma a la demanda (Fl 162).

En otro giro, y conforme lo ordenado por esta Corporación, en proveído de 27 de febrero de 2018, se ordenó vincular como litis consorte necesario a COLPENSIONES (Fl 774 a 775), la cual se opuso a las pretensiones del escrito inaugural, en atención a que las pretensiones de la demanda no estaban dirigidas en contra de esa entidad, máxime cuando no le es dado al Juez ni a las partes modificar la *causa petendi* a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos y a través de modificaciones a las pretensiones en oportunidades diferentes a las previstas legalmente.

Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 25 de junio de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de invalidez al actor, a partir del 26 de septiembre del año 2016 en cuantía inicial de \$689.455, sobre 13 mesadas al año, más los incrementos de ley, autorizando el descuento de lo correspondiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, condenó a la entidad a pagar retroactivo pensional a favor del actor en suma de \$50.132.390, el cual se deberá ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indexado a la fecha de pago y sobre el que igualmente se podrán efectuar los descuentos a salud. Absolvió a POSITIVA S.A. y a PORVENIR S.A. de las pretensiones elevadas en su contra, y declaró probadas las excepciones formuladas por dichas enjuiciadas de inexistencia del derecho, finalmente condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a tal conclusión, señaló que el problema jurídico a resolver gravita en establecer el origen de los padecimientos de salud del actor, la fecha de estructuración, el grado de invalidez, a fin de determinar si le asiste derecho al reconocimiento y pago de pensión de invalidez, o a la indemnización por incapacidad laboral parcial y la entidad responsable de sufragarlas.

Establecido lo anterior, indicó que las pretensiones de la demanda tenían vocación de prosperidad, de la misma forma reseñó que de las dos enfermedades padecidas por el actor al momento de impetrar la demanda, una era de origen común y la otra profesional, por lo que trajo a colación las normas que regulan la materia, esto es, los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 5, 9 y 10 de la Ley 776 de 2002, que determinan aspectos como el concepto de incapacidad, el porcentaje requerido para acceder a las prestaciones económicas y el hecho que las patologías deben ser calificadas de acuerdo al manual único de calificación de invalidez vigente, destacando que para acceder a la prestación de invalidez en cualquiera de los dos regímenes, es requisito *sine qua non* que se cuente con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%.

Así, al analizar el acervo probatorio que milita en el informativo, mencionó la comunicación emitida el 25 de septiembre de 2007, por parte de SALUDCOOP EPS en la que informa al demandante que la enfermedad LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA/DISGOPATÍA MÚLTIPLE L4 L5 y L5 S1/HERNIA DISCAL L5 S1 le fue calificada como de origen profesional y la de 25 de septiembre de 2009, en la que se le indica que la enfermedad NEUMOCONIOSIS DEL MINERO DEL CARBÓN era de origen profesional; también se allegó petición elevada a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la demandada POSITIVA S.A. a efectos que le sean calificadas las enfermedades, se determine el grado de PCL y se le reconozcan la prestaciones económicas; de la misma forma, se aporta dictamen emitido por esa encartada el 3 de junio del año 2010 en el que califica solo la enfermedad neumoconiosis no especificada como de origen común, entre tanto, en el dictamen 5505 del 14 de mayo de 2010 califica de origen profesional la enfermedad de lumbalgia mecánica crónica/ discopatía múltiple, estableciendo una PCL del 24% con fecha de estructuración 10 de junio del año 2007 para esa única patología.

Posteriormente, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el 23 de enero del año 2013 confirmó que la enfermedad bronquitis crónica no especificada era de origen común, no obstante, no determinó porcentajes ni fechas de estructuración, aspectos que tampoco precisó la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN.

De esta forma, y del análisis de tales documentales evidenció que existe controversia frente a la fecha de estructuración, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el origen de las enfermedades neumoconiosis del minero del carbón y lumbalgia mecánica crónica, así como las enfermedades sobrevinientes con posterioridad a la fecha de presentación la demanda.

Motivo por el cual el Juzgado primigenio decretó nueva experticia la cual fue aportada en agosto del año 2017, en el que se efectuó una calificación integral de los padecimientos del actor de origen común como los de origen laboral (Fls 706 a 715), en dicho dictamen se estudiaron las patologías de bronquitis crónica no especificada, neumoconiosis del minero del carbón, lumbalgia mecánica crónica/discopatía múltiple, discos intervertebral, otros degeneraciones no especificadas, otros desplazamientos especificados en el disco intervertebral, artrosis no especificada, en el cual la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ determinó que el demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral calificada de manera integral que asciende al 53.56%, con fecha de estructuración de 26 de septiembre del 2016 y origen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

común, resaltando que frente a la patología de neumoconiosis del minero del carbón, no cuenta con sustento científico para calificar dicho diagnóstico, no obstante la tuvo en cuenta en el concepto final, dictamen que fue emitido por entidad idónea que cuenta con un grupo interdisciplinario.

En consecuencia, al contar el promotor con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y acreditar el requisito de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, esto es, 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la estructuración, conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, condenó a la aludida entidad a reconocer la pensión de invalidez.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la litisconsorte necesaria COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, destacando que el problema jurídico a resolver, que no es otro que determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento a la pensión de invalidez, para lo cual debe tenerse en cuenta que las presentes diligencias fueron radicadas el 7 de diciembre de 2011, y según el último dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de agosto del 2017, señala que la estructuración de las enfermedades es el 26 de agosto del 2016, mismo en el que se indicó que la patología Bronquitis crónica no especificada era de origen laboral.

Además, sostuvo que, al ser vinculada en el proceso, no se presentó reclamación administrativa por parte del actor respecto de las pretensiones de la demanda, requisito indispensable para acudir ante esta jurisdicción para reclamar el pago de la prestación que se solicita, lo que determina la competencia del juez laboral, pues de otra forma se estaría frente a una nulidad por falta de competencia, es decir, a una petición anticipada, pues esa entidad fue vinculada al proceso en 2018.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cuanto a la pretensiones de la demanda relacionadas con la pensión de invalidez, señaló que en los diferentes dictámenes que se presentaron incluido el de POSITIVA S.A., permiten colegir que esa administradora carece de legitimación en la causa, dado que la enfermedad de neumoconiosis del minero del carbón y la lumbalgia mecánica crónica/discopatía múltiple L4 L5 Y L5 S1/ hernia discal, según lo documentado en los dictámenes que se aportaron, son de origen profesional, señalando que la primera patología se encuentra en la tabla de enfermedades de origen profesional, según el artículo 1º del Decreto 2566 del 2019, por ende, COLPENSIONES no es competente para resolver de fondo lo pretendido por el demandante, siendo indiscutible la falta de legitimación en la causa y la falta de agotamiento de reclamación administrativa.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 3223956 – 10988 del 17 de agosto de 2017 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que estableció al demandante una pérdida de capacidad laboral del 53.56%, cuya fecha de estructuración fue el 26 de septiembre de 2016, ha de modificarse en cuanto al origen, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su alzada, dado que según la entidad no se tuvo en cuenta que algunas patologías del actor se habían determinado como de origen profesional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como segundo problema jurídico, se deberá determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida.

4.3. VALIDEZ DEL DICTAMEN EMITIDO POR LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:

Para desatar la controversia, es necesario precisar que no fue objeto de discusión el demandante se encontraba afiliado al sistema general de pensiones en la administradora de pensiones COLPENSIONES (Fl. 770). Además, lo atinente al dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, No. 3223956 – 10988 de 17 de agosto de 2017 en el que se determinó al promotor de la litis una pérdida de capacidad del 53.56% de origen común, cuya fecha de estructuración fue el 26 de septiembre de 2016 (Fls. 705 a 715). Experticia en la que se dispuso que las patologías calificables corresponden a:

- (i.) Bronquitis crónica no especificada (enfermedad laboral) (sin sustento científico para calificar el diagnóstico NEUMOCONIOSIS DE LOS MINEROS DEL CARBÓN).
- (ii.) Lumbago no especificado (lumbalgia mecánica crónica).
- (iii.) Otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral (Discopatía múltiple L4 L5 y L5 S1).
- (iv.) Otros desplazamientos especificados de disco intervertebral (Hernia discal L5-S1).
- (v.) Gonartrosis no especificada (no solicitada la calificación de origen pero existe esa patología y se califica en la pérdida de capacidad laboral integral).
- (vi.) Bronquitis Crónica no especificada (disfunción pulmonar crónica).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De acuerdo con lo expuesto, se advierte que COLPENSIONES adujo en su alzada que el referido dictamen estableció que la patología Bronquitis crónica no especificada era de origen laboral, además las patologías que dan lugar a la pensión de invalidez fueron calificadas como de origen profesional por parte de POSITIVA S.A., sucediendo los mismo en los diferentes dictámenes que se presentaron en este proceso en los que se calificaron las enfermedades de neumoconiosis del minero del carbón y la lumbalgia mecánica crónica/ discopatía múltiple L4 L5 Y L5 S1/ hernia discal, como de origen profesional, resaltando que la primera de la referidas patologías se encuentra establecida en la tabla de enfermedades de origen profesional, según el artículo 1º del Decreto 2566 del 2009, por ende, esa entidad no cuenta con competencia alguna para resolver de fondo lo pretendido por el demandante.

Al respecto, huelga precisar sobre la pérdida de la capacidad laboral, que el Decreto 2463 de 2001 estableció en su artículo 6º, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y que si se presentan discrepancias por el origen, estas deben ser resueltas por la Junta Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Así mismo, se indica en el artículo 11 *ejusdem* que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de estos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, se estableció:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Por ello, el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las calificaciones del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona y en el caso que nos ocupa para la determinación del origen de las patologías.

En el *sub-examine*, tal como lo expuso el *a-quo* fueron enviadas comunicaciones por parte de SALUDCOOP EPS al actor el 25 de septiembre del año 2007 y el 25 de septiembre de 2009, notificándole calificación de origen efectuadas en el mes de septiembre de las mencionadas anualidades, en las que se le indica que las patologías de lumbalgia mecánica crónica/ discopatía múltiple L4 L5



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Y L5 S1/hernia discal L5 S1 y neumoconiosis del minero del carbón son de origen profesional (Fl 14 y 16), aspecto que había sido corroborado frente a la primera enfermedad por parte del ISS- Protección Laboral el 2 de noviembre de 2007.

De la misma forma, se emitieron Dictámenes por parte de POSITIVA S.A. el 14 de mayo y el 6 de junio de 2010, en la que se indica que la lumbalgia crónica/discopatía lumbar múltiple L4 L5 Y L5 S1/L3-L4, es de origen profesional y determina un 24% PCL; en cuanto a la neumonitis no especificada se indicó que su origen era común, aspecto este último que fue confirmado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en dictamen emitido el 27 de abril de 2011 (Fls. 19 a 21, 66 a 70 y 81 a 82). Posteriormente, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el 23 de enero del año 2013 confirma que la enfermedad de bronquitis crónica no especificada es de origen común, sin precisar porcentaje o fecha de estructuración (Fls. 191 al 198).

Del anterior recuento, se evidencia que al habersele diagnosticado al actor diversas patologías con diferente origen, era necesario determinar con exactitud el origen y el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, lo que conlleva una valoración en conjunto de todas las enfermedades padecidas, incluidas las que surgieron en el transcurso del trámite procesal, como lo expuso el promotor del litigio en la reforma de la demanda, en la que manifestó que sufría de quebrantos de salud en cuello, columna y rodillas; situaciones que fueron tenidas en cuenta por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en el dictamen que emitió 17 de agosto de 2017, como vino de verse, pericia que fue la que consideró el fallador de instancia a efectos de proferir la sentencia objeto de censura por parte de COLPENSIONES, entidad que se duele en su alzada de que no se tuvo en cuenta que algunas enfermedades habían sido determinadas como de origen profesional.

Verificándose sobre el particular, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que para la realización de la calificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por parte de los entes correspondientes, la misma debe efectuarse con ocasión de una calificación integral, entendida esta como que al momento de la valoración, el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías, incluidas las anteriores, sean de origen laboral o común, y tendiendo la normativa técnica vigente a la fecha de la calificación – Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, según se expuso en sentencias SL3949-2020, Radicación No. 60531 del 22 de septiembre de 2020, SL459-2021, Radicación No. 83673 del 3 de febrero de 2021, SL1894-2021, Radicación No. 76469 del 10 de marzo de 2021, entre otras.

En sentencia SL1987-2019 la es H. Corporación determinó:

“Se resalta que esta Sala ya se pronunció respecto a que, en la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona se deben tener en cuenta todas las secuelas, incluyendo las anteriores, aun cuando las mismas sean de diferente origen, bajo el concepto de calificación integral, así lo dispuso en la sentencia CSJ SL, del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892 y en la CSJ SL 526 -2012.”

Y es que el hecho que algunas patologías fuesen de origen profesional y otras origen común, no conlleva *per se* que deban valorarse aisladamente, por el contrario las mismas deben sopesarse de forma integral, como ya se expuso, pues no obstante evidenciarse en el dictamen una enfermedad de origen profesional, también lo es que se tomaron en cuenta dolencias de origen común que llevaron a la Junta a establecer que la estructuración de la invalidez superior al 50% provenía de tal origen, lo que conlleva que la prestación debe ser asumida por la administradora de pensiones integrada a la litis, así lo ha expuso el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4297-2021, Radicación No. 88187 de 8 de septiembre de 2021, en la que señaló con voz de autoridad:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“(…) cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que, para efectos de acceder a la pensión de invalidez, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral debe ser integral para los eventos en que se presenten padecimientos de origen común y profesional, dado que se deben tener en cuenta todas las secuelas, atendiendo las directrices de la norma técnica vigente, ello en razón a que el sistema de seguridad social busca amparar de manera integral las diferentes contingencias, tal como sucede con las que menoscaban la salud y la capacidad económica.

“Asimismo, ha indicado la Sala que si bien en estos eventos no existe norma expresa que establezca la responsabilidad o la manera de distribución, ello no impide que el juez ordene el pago de la pensión de invalidez, tal como se desprende de la teleología y principios del sistema de seguridad social integral, de modo que el pago debe ser asumido por una sola entidad, bien sea la administradora de pensiones o la de riesgos laborales, en razón a la indivisibilidad de la mesada pensional, pues no se previó una especie de concurrencia de orígenes de la pérdida de la capacidad laboral para que la asunción de las prestaciones fuera asumida en proporcionalidad a su origen.

*“Por este camino, se ha dicho que aun cuando la calificación sea integral, las entidades del sistema deben establecer **un solo origen de la invalidez, atendiendo cuál es la enfermedad o padecimiento determinante, en aras de que la prestación sea asumida por una sola entidad, por lo que «si en el proceso de calificación integral de la pérdida de la capacidad laboral se establece que la dolencia concluyente para la estructuración de la invalidez superior al 50% del asegurado es de origen común, la prestación será asumida por la AFP correspondiente y, en caso de tener su génesis en el trabajo, su asunción estará en cabeza de la ARL».**” (Negrilla fuera de texto).*

Además, debe precisarse que dada la fecha de estructuración del demandante aconteció el 26 de septiembre de 2016, claro es que el Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional a aplicar es el Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014, que dispone el principio de integralidad.

En suma, encuentra la Sala que las valoraciones que se le habían efectuado al actor con anterioridad al dictamen emitido el 17 de agosto de 2017 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en las que se le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determinó como de origen profesional algunas enfermedades, si fueron tenidas en cuenta en la experticia que se rindió al interior del proceso; tan es así, que sobre la neumoconiosis del minero del carbón se especificó que no existe tal diagnóstico, de ahí que tampoco tenga cabida el análisis de dicha enfermedad al tenor de lo regulado en el Decreto 2566 del 2009, como lo pretende la recurrente, pues se concluyó que se trata de Bronquitis crónica no especificada (Enfermedad laboral) y sobre los demás padecimientos incluida la lumbalgia mecánica crónica/ discopatía múltiple L4 L5 Y L5 S1/ hernia discal, se concluyó que son origen común, por lo que al ser sopesadas tales afecciones en la calificación integral de la pérdida de la capacidad laboral, arrojaron en su gran mayoría que son de origen común (Fl. 714), de ahí que el ente calificador determinara tal origen, razón por la cual no hay dubitación alguna sobre el particular y menos aún sobre el porcentaje, máxime cuando el juzgador de primer grado le dio credibilidad al mencionado dictamen, a efecto de resolver el problema planteado en la *litis*, ello en congruencia con los postulados de la libre formación del convencimiento según lo reglado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., por lo que en tal sentido no hay lugar a revocar la decisión del juzgador de primer grado, que determinó una PCL del actor de 53.56% de origen común, con fecha de estructuración de 26 de septiembre de 2016.

4.4 DEL DERECHO PENSIONAL:

Previo a avanzar con el estudio de la prestación pensional, y dado que la litisconsorte necesaria en su recurso señala que no hubo una reclamación administrativa por parte del actor, respecto de las pretensiones de la demanda, siendo necesario tal requisito para acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, sobre el asunto, debe recordar la Sala que la reclamación administrativa está consagrada en el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S., como un requisito previo a la iniciación del proceso judicial, cuando ha de participar como demandada La Nación, entidades territoriales o una entidad administrativa pública; teniendo como finalidad, que la misma entidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconsidere su posición y voluntariamente modifique la situación del peticionario sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales; debiendo coincidir en todo caso lo reclamado con lo solicitado judicialmente.

Sobre el tema, la SL CSJ en sentencia radicado 30056 del 24 de mayo de 2007, reiterada en sentencia SL13128 de 2014, rad. 45819 del 24 de septiembre de 2014, expresó:

“El Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 6° que “Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente”. De manera, que antes de reclamarse ante los estrados laborales de la jurisdicción ordinaria alguna pretensión de orden social a cualesquiera de las anteriores entidades, se hace necesario que el interesado formule previamente su petición de reivindicación ante éstas.

“Tiene por finalidad el anterior procedimiento gubernativo que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.

“De ahí que se haya dicho por la doctrina y la jurisprudencia laboral que a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

“De otro lado, se ha manifestado que el mecanismo procesal contemplado en el artículo 6° del C. de P.L. ofrece ventajas incomparables para los entes relacionados en dicha norma, porque al brindar a los mismos la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

posibilidad de autocomponer sus conflictos, se evitan los costos que implicaría para tales entidades un largo proceso laboral, lo que significa un considerable ahorro para los contribuyentes y una garantía de que no se verá afectada la buena marcha de dichos organismos como consecuencia de las vicisitudes y tropiezos que conlleva la atención de un juicio, lo que de paso asegura que todos los esfuerzos de aquellos entes se concentrarán en sus naturales cometidos estatales.” (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, el artículo 6° del C.P.T y la S.S prevé el agotamiento de la reclamación administrativa, como requisito previo, cuando la demanda se dirige contra La Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública. Sin embargo, debe decirse que el presente asunto fue radicado inicialmente en contra de POSITIVA S.A., más no contra COLPENSIONES, administradora respecto de la cual no existía un pedimento en el escrito inaugural. Luego, resultaba ilógico que elevara una reclamación previa ante una parte que se vinculó por orden de esta Corporación con posterioridad a la admisión de la demanda, por ende, la inconformidad de esa entidad sobre ese aspecto, no tiene vocación de prosperidad.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos de ley a efectos de establecer la concesión de la prestación pensional de invalidez, la que conforme lo reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral; entre otras, la sentencia SL5023-2021, Radicación No. 72739 de 6 de octubre de 2021, corresponde a la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez, esto es, el 26 de septiembre de 2016, siendo para el caso la Ley 860 de 2003.

De esta forma, cabe memorar que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno, el artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, dispuso:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Bajo ese escenario, sea lo primero indicar que al haberse determinado que el origen de los padecimientos del demandante es de origen común conforme el dictamen No. 3223956-10988 de 17 de agosto de 2017, la entidad que debe responder por la prestación pensional es COLPENSIONES; además se acreditó que el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 53.56%, cumpliendo así, con el primero de los requisitos relacionado con el porcentaje.

Frente al presupuesto atinente a las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, se tiene que la estructuración se dio el 26 de septiembre de 2016, luego, se encuentra acreditado el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, según el reporte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES el 5 de septiembre de 2019 (FL. 770), por lo que el reconocimiento de la prestación pensional, se encuentra viable desde la fecha de estructuración conforme lo dispuso el *a-quo*, es decir, desde el 26 de septiembre de 2016, pues no obstante avizorarse cotizaciones con posterioridad a tal calenda, claro es que la pensión de invalidez debe pagarse en forma retroactiva desde la fecha de estructuración de la misma, conforme lo regula el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, pues el derecho pensional no se desvirtúa por la existencia de cotizaciones al sistema general de pensiones con posterioridad a dicha data, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL1562-2019 Radicación No. 73026 de 30 de abril de 2019.

Sobre el monto de la mesada pensional que determinó el juzgador de primer grado, es decir, el salario mínimo mensual legal vigente, se aprecia que se encuentra ajustada a derecho conforme los ingresos base de cotización del promotor, por lo que era posible determinar como primera mesada pensional para el 26 de septiembre de 2016 la suma de \$689.455, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto. Sin embargo, habrá de modificarse parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor del retroactivo causado desde la fecha de reconocimiento al 30 de noviembre de 2021, corresponde a la suma de \$55.698.455, en lo demás habrá de confirmarse en su integridad.

| AÑO | RETROACTIVO |
|-------|--------------|
| 2016 | \$2.872.729 |
| 2017 | \$9.590.321 |
| 2018 | \$10.156.146 |
| 2019 | \$10.765.508 |
| 2020 | \$11.411.439 |
| 2021 | \$10.902.312 |
| TOTAL | \$55.698.455 |

Finalmente, sobre la excepción de prescripción en habrá de señalarse que la misma no operó en atención a que el dictamen emitido el 17 de agosto de 2017, que dio nacimiento a la prestación aquí concedida el 26 de septiembre de 2016,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

surgió durante del trámite procesal, razón por la cual no transcurrió el término trienal descrito en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del CPT y de la SS.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de junio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que el retroactivo causado del 26 de septiembre de 2016 al 30 de noviembre de 2021, corresponde a la suma de \$55.698.455.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 19 2019 00589 01
Demandante: ANSELMO PEREZ MOLANO
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá; y de igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de UGPP, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ANSELMO PEREZ MOLANO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UPP, para que previo trámite judicial correspondiente se declare la existencia de un contrato de trabajo con la CAJA AGRARIA, vigente desde el 27 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, el cual feneció por mutuo acuerdo entre las partes mediante acta de conciliación. Asimismo, pretende se declare que tiene derecho a la pensión convencional por cumplir los requisitos previstos en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 -1999, suscrita por la citada Caja y el Sindicato de trabajadores "SINTRACREDITARIO", vigente a la terminación de la relación laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, solicita se declare que la mencionada pensión de jubilación convencional le es más beneficiosa que la reconocida por COLPENSIONES, según orden judicial emitida dentro de proceso que cursó en el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, ello en aplicación al principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa.

Por consiguiente, se condene a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a partir del día 12 de julio del 2014, fecha en la cual cumplió los cincuenta y cinco (55) años, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los reajustes legales, la actualización de la base salarial a la fecha en la que se hizo exigible el derecho pensional, la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de julio de 1959 y prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA, a través de contrato de trabajo desde el 27 de marzo de 1979 al 27 de junio de 1999, vínculo contractual que terminó por mutuo acuerdo entre las partes mediante acta de conciliación, por lo que es beneficiario de la pensión convencional contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva Trabajo 1998-1999 suscrita entre la citada Caja y SINTACREDITARIO, la que se causa al cumplimiento de la edad de 55 años si es hombre y 20 años de servicios continuos o discontinuos a la entidad. Aseveró que la referida convención colectiva no ha sido denunciada, razón por la cual sigue vigente al tenor de lo regulado en el artículo 478 del C.S.T.

Adujo que el 10 de abril del 2019 presentó reclamación administrativa ante la entidad demandada, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión convencional. De otra parte, indicó que mediante sentencia judicial proferida el 4 de agosto del 2018 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, le fue reconocida pensión de jubilación legal, por ser beneficiario del régimen de transición en cuantía inicial de \$949.000.00, a partir del 12 de julio del 2014; decisión que fue modificada por esta Corporación en proveído del 22 de mayo del 2019, en la que incrementó la mesada en suma de \$1.344.300. Finalmente, señaló que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha reiterado

que la pensión de jubilación convencional que aquí se reclama se adquiere con 20 años de servicios y que el cumplimiento de la edad es tan solo una condición de exigibilidad del derecho para su disfrute.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, pues si bien está probado que el promotor trabajó para la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, no tiene derecho a la pensión convencional solicitada ya que según el Acto Legislativo 01 de 2005, las convenciones colectivas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, calenda en la que el demandante no cumplía el requisito de edad, dado que cumplió 55 años el 12 de junio de 2014; aunado lo anterior, no solicitó en el año siguiente al cumplimiento de esa edad la prestación convencional, por lo que se rige por la normatividad vigente.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante, la pensión de jubilación convencional consagrada en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 - 1999, suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTACREDITARIO, a partir del 12 de julio del año 2014, en cuantía inicial de \$2.151.584, junto con los reajustes anuales y razón de 14 mesadas al año.

Además, declaró que la pensión convencional es compartible con la pensión legal que devenga el actor por parte de COLPENSIONES, por tanto, la UGPP solo tiene a su cargo el pago del mayor valor que resulte de la diferencia entre las dos pensiones, siendo la convencional la de mayor valor. Finalmente, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 10 de abril del año 2016 y ordenó la indexación de las mesadas a reconocer, conforme al IPC generado desde la causación de cada una y hasta

la fecha en que se efectúe el pago de estas y condenó en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de su decisión, señaló que los trabajadores oficiales gozan del derecho a la sindicalización como a la negociación colectiva, además trajo a colación los artículo 467 y siguientes del C.S.T. y el Acto Legislativo 01 de 2005, el que establece limitaciones a la negociación colectiva con miras a unificar los sistemas de pensiones en el país, mismo precepto constitucional que reseña en su parágrafo transitorio 3º, que los acuerdos convencionales se mantuvieron vigentes hasta el 31 de julio de 2010. De este modo, procedió a analizar si a dicha calenda el promotor había acreditado los requisitos exigidos por la convención a efectos de verificar la procedencia del reconocimiento pensional que se reclama, memorando que en todo caso el órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que el aludido Acto Legislativo, ha precisado que los derechos adquiridos en materia pensional hasta el 31 de julio de 2010, deben ser respetados.

Así, al analizar las pruebas arrojadas al plenario estableció que el promotor prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA desde el 27 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, por más de 20 años, el cual terminó de forma voluntaria, conforme da cuenta la certificación emitida el 23 de agosto de 2017 por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de la entidad liquidada, en donde además de certificar los factores salariales que devengó, indicó que el último cargo que ocupó fue el de Director III grado 9 en la Oficina de Boyacá, ostentando la calidad de trabajador oficial, lo que permite concluir que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SINTACREDITARIO y la CAJA AGRARIA vigente para los años 1998-1999, la que se aportó al plenario con constancia de depósito, y se ha prorrogado de forma automática.

Igualmente, constató que el cargo que desempeñó el actor no está dentro de las exclusiones contenidas en el artículo 4 de la citada convención, que impide ser beneficiario de la misma, de modo tal que la según lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, tratándose de casos de ex trabajadores de la CAJA AGRARIA que invocan la aplicación del artículo 41 de la aludida Convención, se ha señalado que el derecho se causa con la terminación del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato y que el requisito de la edad es de exigibilidad, por lo que así se haya cumplido después del 31 de julio de 2010, ello no impide predicar la causación del derecho a la pensión convencional, decisión que sustentó en sentencias SL3438 de 16 de junio de 2021 y CSJ SL 526 de 2018, pues si bien el derecho se adquirió con la convención de 1999, solo quedó pendiente alcanzar la edad requerida para su disfrute, razón por la cual condenó al extremo pasivo al pago de la prestación convencional deprecada, a partir del 12 de julio del año 2014, fecha en la que el demandante cumplió 55 años de edad.

En cuanto al valor de la mesada, tuvo en cuenta los factores salariales descritos en la certificación de 23 de agosto de 2017, que dan cuenta de los devengos del último año de servicios que indican un promedio de \$383.447 más el factor fijo de \$932.507, lo que arroja un total \$1.315.954, ingreso base de liquidación que al ser indexado, arroja \$2.868.779, al que se aplica la tasa de reemplazo del 75%, que establece la convención colectiva, determinando como valor de la primera mesada la suma de \$2.151.584 a partir de del 12 de julio del 2014, la que ordenó compartir con la pensión legal reconocida por vía judicial por parte de COLPENSIONES, acorde con lo regulado en los artículos 16, 17 y 18 del Acuerdo 049 de 1990; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 10 de abril de 2016, como quiera que la reclamación se elevó ese mismo día y mes del año 2019 y ordenó la indexación las mesadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandada solicitó se revoque la sentencia por cuanto el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo antes del 31 de julio del 2010, pues la edad de 55 años la acreditó el 12 de junio del año 2014, data para la cual ya había desaparecido del ordenamiento las pensiones convencionales, conforme lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Adicionalmente, peticona se estudien los argumentos que se plantearon en la contestación de la demanda sobre la inescindibilidad de la norma, dado que el demandante no reclamó la pensión convencional dentro del año siguiente al cumplimiento de todos los requisitos, conforme lo dispone el artículo 41 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Convención Colectiva, por lo que solo le es aplicable la Ley 100 de 1993, la que ya le fue reconocida, luego, como no se reclamó la pensión convencional dentro del año siguiente perdió su derecho. Refirió que el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo relaciona los empleos que están exceptuados de ser beneficiarios de esta, la que incluye el cargo que ocupó el actor al ser de confianza, finalmente solicitó se estudié en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia censurada en lo que no ha sido objeto de apelación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional reclamada.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión que entre el actor y la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999, cuyo último cargo fue el de Director III, Grado 9, en la oficina de Boyacá (Fl. 5 a 5 vto. y 14 a 14 vto.).

Tampoco el hecho que mediante sentencia judicial proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso 2016-00347, el 4 de agosto de 2017, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar al actor pensión de jubilación en los términos de que trata la Ley 33 de 1985, a partir del 12 de julio de 2014, en cuantía inicial de \$949.668; decisión que fue modificada por esta Corporación, en proveído de 22 de mayo de 2019, en

donde se dispuso que el valor de la mesada sería de \$1.343.397,18 (Fls. 28, 88 y 89).

Asimismo, se aprecia la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre SINTRACREDITARIO y la empleadora con vigencia 1998-1999 (Fls. 58 a 88), la que le es aplicable al demandante, pues estuvo vinculado laboralmente a la extinta Caja Agraria para dicha época, máxime que figura con fecha de depósito el 17 de abril de 1998 (Fl. 29), y que gozaba de plena vigencia al momento en que feneció la relación laboral entre las partes.

De la misma manera, de conformidad con la citada Convención, le es aplicable al demandante, como quiera que el cargo que desempeñó no se enmarca en los exceptuados en el artículo 4º, ya que dicha disposición contempla:

“Lo beneficiarios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción del Gerente General o Presidente, quien es empleado público y de los siguientes trabajadores oficiales: Vicepresidentes, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de Orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Asesor Especial de la Presidencia Grado 31, Asistente de la Presidencia, Secretario Privado de Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, Directores de Oficina Grado 16 a Grado 50 discriminados así: 2 Directores Grado 28, 12 Directores Grado 26, 20 Directores 24, 11 Directores Grado 21, 23 Directores Grado 18, 23 Directores Grado 16, Suplente de Revisor Fiscal, Delegados de Revisoría Fiscal (Antes Asistentes de Auditoría General), Asistente Delegado Grado 24”.

Dicho esto, entra la Sala a determinar si el actor cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional del artículo 41 de la citada Convención Colectiva de Trabajo, el cual señala:

“ARTÍCULO 41: PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

“Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

“Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

“a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

“b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

“El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

“Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

“PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución”. (Resaltado por la Sala).

De conformidad con la certificación laboral aportada (Fl. 5 a 5 vto. y 14 a 14 vto.), se aprecia que, al momento del retiro el demandante contaba con 20 años y 91 días de servicios. Es así que el actor cumple con el primer requisito para causar la pensión convencional del artículo 41, y esto es haber sido empleado al servicio de la Caja Agraria por 20 años o más.

Por otra parte, y en punto de verificar el cumplimiento del segundo requisito, esto es la edad, se aprecia que de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía aportada por la parte activa, el demandante nació el 12 de julio de 1959 (Fl. 4), cumpliendo la edad en la misma fecha del año 2014, encontrándose, en principio, fuera del término de vigencia de las pensiones convencionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A ese respecto, conviene citar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL526 de 2018, Radicación No. 63158 del 14 de febrero de 2018, en la cual, al resolver un caso análogo por los supuestos de hecho del asunto, señaló que:

“[...] la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute”.

Ello, por cuanto considera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en el caso de los extrabajadores los cuales son beneficiarios de una prestación pensional, la causación de esta no está sujeta al cumplimiento de la edad, y por ser una condición individual, debe considerarse como requisito para su disfrute, exigibilidad o goce, aspecto que ha sido reiterado en sentencia SL3438-2021, Radicación No. 85640 de 16 de junio de 2021.

Es así, que la pensión del actor se entiende causada desde el momento en que concurrieron los requisitos del tiempo de servicios, 20 años, y su desvinculación de la empresa, esto es el 27 de junio de 1999, por lo cual en este aspecto no le asiste razón a la demandada en su alzada, toda vez que para el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que perderían vigencia las pensiones de carácter convencional, el actor ya tenía un derecho adquirido y estaba estructurada su pensión de vejez en los términos de la convención colectiva, siendo la edad, que cumplió el 12 de julio de 2014, requisito para disfrute o goce de la misma.

Al unísono, el Alto Tribunal en reciente jurisprudencia, sentencia SL2798-2020, Radicación No. 61320 del 15 de julio de 2020, realizó la exposición sobre la aplicabilidad de convenciones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que las mismas se extendían hasta el 31 de julio de 2010, como sucede con la del caso que nos ocupa; circunstancia por la cual, se afirma más aún el hecho de que el demandante sea merecedor de la pensión convencional deprecada.

Por otra parte, debe indicarse que el hecho que el actor no haya reclamado la pensión en el año siguiente al cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento como lo dispone el inciso 2º de la disposición convencional en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cita, se pueda convertir en talanquera para acceder a la prestación pensional, como lo señala la entidad demandada en su alzada, pues nótese que la disposición convencional expone también que si el trabajador no hace expresa la solicitud allí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se registrará de la forma como en adelante se indica, que para el caso que concita la atención de la Sala, refiere a lo reseñado en el parágrafo 1º del artículo 41 de la convención colectiva, luego, no se denota vulneración al principio de inescindibilidad de la ley, que alude a que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, como lo ha expuesto la SL de la CSJ en sentencia SL4478-2020, Radicación No. 84553 de 28 de octubre de 2020.

Por lo anterior, habrá de ser confirmada la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, que accedió al reconocimiento y pago de la pensión anhelada.

d. Del monto de la pensión

En este punto, debe advertirse que, en cuanto a la forma de liquidar la pensión convencional, el Parágrafo 3º de su artículo 41 regula la forma de la siguiente manera:

“Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:

“Primer Factor Fijo: último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

“Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

“Los valores anteriores se sumas y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

“De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

De la anterior lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2954-2020, Radicación No. 706640 del 3 de agosto de 2020,

analizó un caso de similares condiciones, en la que sostuvo la forma de liquidar la prestación de la siguiente manera:

“A efectos de calcular la prestación, se observa que la tasa de reemplazo y el monto de “la misma corresponde el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y, para liquidarla, se toman dos factores, uno fijo, comprendido por el último sueldo básico, más las primas de antigüedad y prima técnica si se devengó y otro variable, conformado por el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados viáticos devengados durante 180 días o más, así como el valor de la sobre remuneración en el caso de desempeñar cargos superiores; cantidades que deben sumarse y dividirlos entre 12 y al resultado así obtenido, se le aplica el 75%.

“Teniendo en cuenta lo anterior, a folios 23 a 24 del cuaderno principal, reposa una certificación del coordinador del grupo integral de entidades liquidadas, donde se sumaron los factores fijos y variables percibidos por la demandante en el último año de servicio, para un total de \$1.034.594, valor que se utilizara para realizar los cálculos respectivos, advirtiendo que en este asunto es viable indexar ese monto desde la fecha de desvinculación, 27 de junio de 1999, hasta el momento en que arribó a los 50 años de edad, 10 de octubre de 2011 (al efecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de casación CSJ SL736-2013)”.

Así las cosas, a folio 5 a 5 vto., reposa el certificado de información laboral emitido para efectos pensionales por el Ministerio, del cual se evidencia frente al primer factor fijo, el mismo comprende el sueldo básico en la suma de \$704.344, junto con la prima de antigüedad por valor de \$226.063, rubros que arrojan un total de \$930.407.

Frente al segundo factor, se tuvieron en cuenta los gastos de representación \$2.100, el salario en especie \$145.304, la prima de junio de 1998 en \$19.503, prima de diciembre de 1998 en \$1.560.162, prima de junio de 1999 en \$1.375.448, prima escolar de 1999 en \$462.721, así como la prima de vacaciones en \$998.230 y viáticos \$40.000, emolumentos que divididos entre 12 arrojan un total de \$383.622.

Por consiguiente, sumados los dos factores regulados en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el monto a tener en cuenta para efectos de la liquidación es la suma de \$1.314.029; valor que debe ser indexado a la fecha de disfrute de la pensión el 12 de julio del 2014, conforme la sentencia SL 736 de 2013, en la que se estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, así se hayan causado con

anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, que corresponde a:

$$VH = \$1.314.029 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2013 - 79,56)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1998 - 36,42)}}$$

Total ingreso base indexado: \$2.870.515. Valor que al aplicarse la tasa de reemplazo del 75%, nos arroja como monto de la primera mesada pensional la suma de \$2.152.887 y no \$2.151.584 como se dijo en el fallo de primera instancia, por lo que habrá de modificarse la sentencia sobre ese aspecto.

En lo que refiere a la mesada 14, hay lugar a la misma, pues al haberse causado la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es palmario que su procedencia es de recibo para la Sala.

a. De la compartibilidad pensional y el monto de la mesada pensional:

Al respecto, se advierte que COLPENSIONES le reconoció pensión legal conforme lo normado en la Ley 33 de 1985 al actor, frente a la cual el *a-quo* ordenó la compartibilidad con la pensión convencional aquí reconocida. En punto a tal aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Conforme lo anterior, y dado que la pensión de la demandante se causó el 27 de junio de 1999, habrá de precisarse que la pensión aquí reconocida es de carácter compartida con la reconocida por COLPENSIONES según se dispuso en las sentencias de primera y segunda instancia proferidas al interior del proceso 2016-00347, que cursó en el Juzgado Catorce laboral del Circuito de Bogotá, como vino de verse, a partir del 12 de julio del 2014 en cuantía inicial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de \$1.343.397,18 (Fls. 28, 88 y 89), siendo a cuenta de la UGPP el pago del mayor valor, de suerte que dado que para 2014 la pensión a cargo de dicha entidad ascendía a \$2.152.887, el monto de la diferencia a su cargo es de \$809.489.

b. Prescripción:

En lo que a este punto respecta se recuerda que conforme lo dispuesto el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en material laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

De esta forma, en la medida en que el demandante tenía derecho al disfrute de la pensión convencional reclamada a partir del 12 de julio del 2014, al haber solicitado el reconocimiento pensional hasta el 10 de abril del 2019 (Fl 23 a 27), mismo que fue denegado mediante la Resolución No RPD 021507 del 22 de julio del 2019 (Fl 95) y quedar radicada la demanda el 28 de agosto del 2019 (Fl 74), resulta lógico colegir que alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción frente a todas y cada una de las diferencias a su cargo por las mesadas pensionales causadas con antelación al 10 de abril del 2016, tal como lo expuso el fallador de instancia.

Como corolario de lo anterior se modificará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el sentido de indicar que el valor de la mesada inicial a 12 de julio de 2014 es de \$2.152.887, conforme con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

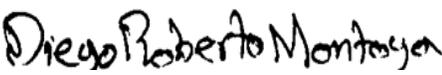
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, a efecto de señalar que el mayor valor a cargo de la demandada es de \$809.489, frente al valor de la mesada inicial de 12 de julio de 2014, según se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

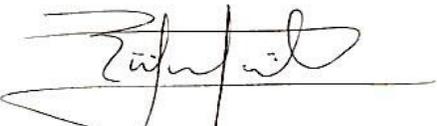
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 17 2018 00538 01
Demandante: REINALDO RIPPE ALARCÓN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia emitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre del 2021, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor REINALDO RIPPE ALARCÓN formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES para que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, los intereses moratorios, la indexación de sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 015970 le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 1997, de conformidad con lo previsto en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no obstante, no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Precisa que contrajo matrimonio con la señora NOEMI MARTÍNEZ DE RIPPE el 28 de diciembre de 1968 y convive con ella, agregando que esta última depende económicamente del promotor del litigio.

Refiere que el 28 de enero del 2016, solicitó a la encartada el reconocimiento y pago del incremento pensional, lo que fue denegado mediante oficio BZ2017-819277-0224900 del 28 de enero de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que no es posible reconocer el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, toda vez que no está consagrado en la Ley 100 de 1993, dado que las sentencias SU-230 de 2015 y SU 140 de 2019, en la que se estudió el régimen de transición, no contempla beneficio adicional a la edad, tiempo y monto de cotización.

Propuso las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de septiembre del 2021, declaró probada la excepción de prescripción respecto de los incrementos pensionales deprecados, por lo que absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones condenatorias de la demanda y condenó en costas al promotor de la litis.

Para arribar a dicha conclusión, trajo a colación los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, regulado por el Decreto 758 de la misma anualidad, indicando que se encontró acreditados los requisitos establecidos en dicho precepto legal, esto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es, que el demandante fue pensionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del referido Acuerdo, por ser beneficiario del régimen de transición, que contrajo nupcias con la señora NOEMI MARTINEZ, la cual depende económicamente del pensionado demandante y que esta no disfruta de pensión.

N obstante, al analizar la excepción de prescripción propuesta por la encartada, y después de memorar lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, hizo alusión a la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019, Radicado No. 70201, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la que se indicó que el derecho al incremento pensional por personas a cargo no forma parte integrante de la pensión de vejez, por ende, es prescriptible al completarse el término trienal referido en los artículos en cita. Luego, en el presente caso al haberse reconocido la prestación pensional el 1º de septiembre de 1997, había operado dicho fenómeno, por tanto, declaró probada la excepción de prescripción alegada y absolvió a la demandada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, corresponde a la Corporación analizar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo descrito en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.



c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encontraban vigentes.

Así podía colegirse que los aludidos incrementos mantenían su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, de ahí, que al no estar expresamente regulados se entendía que conservaban su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Postura que además se mantuvo en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

De modo tal, que era razonable afirmar que la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, eran objeto de prescripción en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa hubiese transcurrido un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., aunado a que los incrementos a que aluden los artículos del citado Acuerdo, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que podían prescribir si no se reclamaban en tiempo.

Postura que había sido sostenida invariablemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367 y en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019.

De esta forma, y con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se venía apartando de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018; sin embargo, el máximo órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL 2061-2021 con Radicación No. 84054 de 19 de mayo de 2021, indicó sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

(...)

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.”

Bajo ese escenario, la Sala se acoge a dicha interpretación del órgano de cierre de esta especialidad, el que por demás se acompasa con la sostenida por la Corte Constitucional, respecto a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que señalan que los mismos perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y solo tendrán derecho a aquellos, quienes se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994, por lo que se pasa a analizar esta Corporación.

Una vez determinado lo anterior se tiene que por medio de la Resolución No. 015970 de 1997 se reconoció pensión de vejez al demandante y acorde lo estableció el fallador de primera instancia, se corrobora que el demandante es beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1.457 semanas cotizadas.

Por lo tanto, como ya se expuso en aplicación de la postura asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que reseñó que los incrementos regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1990 no se encuentran vigentes a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que solo tendrán derecho a aquellos que se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994; desprendiéndose así que en el caso de autos el demandante al ser pensionado a partir del 1º de septiembre de 1997, según la Resolución No. 015970 de 1997 emitida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, no tiene derecho a los incrementos por personas a cargo, en atención a que la norma que los consagraba no se encontraba vigente para la fecha del reconocimiento pensional.

Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueron expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

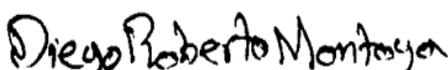
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre del 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

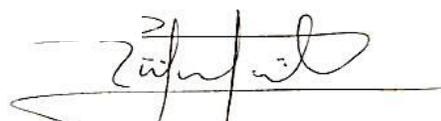
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 **022 2020 00 076 01**
Demandante: ANGELA MARIA PAZ MOLINA
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas, en contra de la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintidós del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANGELA MARIA PAZ MOLINA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de que se declare la ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., así como el efectuado a PORVENIR S.A., fundamentada en la falta de información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

necesaria, comprensible, suficiente y objetiva que se le otorgó al momento de hacer el traslado.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiese existido el traslado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Refiere la demandante como fundamento de sus pretensiones, que nació el 10 de enero de 1965 contando con 54 años de edad al momento de presentación de la demanda; seguidamente que comenzó a cotizar en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde septiembre de 1993 hasta el 16 de septiembre de 1994 cuando realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., finalmente que a la fecha se encuentra afiliada en PORVENIR S.A. desde el 30 de enero 2004.

Con respecto a la afiliación en DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., alega que no se hizo un estudio previo de su situación, omitiendo información sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional solo mencionándole que iba a tener una mejor mesada pensional, así mismo que este se realizó de manera ilegal, pues no se esperó el término de los 3 años de permanencia que inicialmente la ley 100 de 1993 contemplaba para el traslado de régimen.

Finalmente, para reforzar sus argumentos anteriores, presenta comparaciones referentes a la cuantía de la mesada pensional en cada uno de los regímenes en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

donde con PROTECCION S.A. obtendría una mesada entre \$1'895.544 y \$1'736.164, mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$6'843.333.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones consignadas en la demanda, argumentando que la afiliación hecha por la demandante fue libre, voluntaria y precedida de una decisión informada, dando así lugar a la validez al traslado de régimen sin encontrar causal de nulidad alguna. En el mismo sentido expresa que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993 al no presentarse ni ser acreditables conductas dolosas de trasgresión al derecho de afiliación al sistema.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, pues en su sentir no se avizora ningún vicio del consentimiento en el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la demandante y finalmente estar inmersa en la prohibición legal del artículo 13 de la ley 797 de 2003 para trasladarse

Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su lado, PROTECCION S.A. presentó oposición a las pretensiones incoadas en el escrito de demanda indicando que la afiliación materializada es un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento, pues se puede dilucidar ello en el formulario de afiliación en el que demuestra la voluntariedad de la demandante en suscribirlo. Así mismo, que no puede declararse una nulidad o ineficacia por pretensiones económicas.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de octubre 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. ocurrido el 16 de septiembre de 1994, así mismo condenó a PORVENIR S.A. a devolver los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, sobre este último rubro también se condenó a PROTECCIÓN S.A., los anteriores valores deben ser devueltos a COLPENSIONES entidad que deberá corregir la historia laboral de la demandante. Se condenó en costas y agencias en derecho a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

Para llegar a esa conclusión, la juez argumenta basada en los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, la trascendencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del deber de información que tienen las AFP desde su creación para que los usuarios realicen un juicio claro y objetivo frente a las mejores opciones del mercado, así como la rigurosidad de la obligación en cabeza de las administradoras al garantizar, entre otras, la protección a la vejez brindando información clara y veraz sobre ambos regímenes pensionales a través de asesores expertos en la materia.

Seguidamente resalta que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar el deber de información, pues la Corte ha establecido que este solo da cuenta de haber plasmado la firma de forma espontánea, libre y sin presiones, sin embargo, no da cuenta de la información suministrada.

Además, se refirió la juzgadora, a la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, puesto que si argumenta que no se le suministró la debida información, se entiende que las administradoras incumplieron un deber legal que compromete la validez del contrato de aseguramiento y esto se acredita con el hecho positivo contrario, demostrando que si se brindó la información debida al momento del traslado, situación no cumplida por PROTECCIÓN S.A. pues las pruebas aportadas al plenario no dan cuenta del cumplimiento de la obligación no siendo otra la consecuencia declarar ineficaz el traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCION S.A. presentó inconformidad con la decisión de primer grado respecto de la devolución de gastos de administración y seguro previsional. Argumenta que los gastos de administración son resultado de la buena gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, reflejo de esto son los rendimientos que se causaron, así mismo que con la devolución ordenada se estaría violando el artículo 1756 del Código Civil referente a las restituciones mutuas. En la misma línea expresa que se generaría un enriquecimiento sin causa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a favor de COLPENSIONES porque esta entidad no manejó los dineros generados por las cotizaciones de la accionante, que estos gastos de administración no son parte de su pensión y por esa misma razón se puede hablar de prescripción parcial de este rubro.

Frente al seguro previsional explica que estos no deberían ser devueltos, puesto que se pagó por parte de la AFP a una aseguradora con el objetivo de cubrir las contingencias, además enfatiza que la demandante no está afiliada a PROTECCION S.A. sino a PORVENIR S.A. y todos los recursos que existían a raíz de la cuenta de ahorro individual fueron trasladados a esta última administradora.

Por su parte la apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada en lo tocante a la declaratoria de ineficacia, la devolución de los gastos de administración y la condena en costas que impuso la sentencia de primera instancia.

Frente a la declaratoria de ineficacia argumenta que no se puede desconocer el principio de seguridad jurídica, pues no se tuvo en cuenta por parte de la falladora de instancia los formularios de afiliación de DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. y el efectuado con PORVENIR S.A. como elementos que acrediten la debida información otorgada, así mismo manifiesta que se evidencia en el interrogatorio de parte practicado a la demandante la información brindada al esta conocer el concepto de rendimientos financieros y como estos podían tener una implicación en su pensión. En la misma línea expuso que se debe dar aplicación a la teoría de los actos de relacionamiento contenida entre otras en la sentencia SL-1061 de 2021.

Con respecto a los gastos de administración mantiene que estos no están destinados a financiar la pensión de la demandante, ya que por habilitación legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993 estos dineros son como retribución de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gestión de la cuenta de ahorro individual, en el mismo sentido manifiesta que hay una contradicción en la decisión en el entendido que si se ordena una restitución de las cosas a su estado anterior no hay lugar a la devolución de los rendimientos causados junto con los gastos de administración y que estos gastos no están contemplados por el legislador como los rubros que deben ser retornados en caso de un traslado de régimen, así como estos estar sujetos al fenómeno prescriptivo.

Finalmente en relación a la condena en costas explica que no se debe condenar a su representada, ya que siempre se actuó de buena fe y de su parte era imposible evitar el traslado de régimen efectuado en 1994, así mismo sostiene que según el artículo 361 del C.G.P. la condena en costas no debe ser una sanción o una indemnización por perjuicios sino que debe atender a los gastos que pudo incurrir el demandante en el transcurso del proceso, por ello de mantenerse la condena en costas que también se condene a COLPENSIONES al ser también parte vencida en el proceso.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia argumentando que la demandante perteneció más de 20 años al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizó actos de relacionamiento y no era beneficiaria del régimen de transición, por esta última razón no pudo evitar que se realizara un traslado de régimen en 1994. Así mismo que no se hizo uso del derecho de retracto y que la nulidad peticionada no podía derivar en una que retrotrajera las cosas a su estado inicial.

Expresa que se transgrede el principio de sostenibilidad financiera pues con la decisión se genera una descapitalización del sistema pensional afectando a la entidad pública como a terceras personas que están afiliadas actualmente a COLPENSIONES y tienen una expectativa legítima de pensión, como no es el caso de la accionante, para ello cita la sentencia C-1024 de 2004. De otro lado expresa que la carga probatoria se traslada erróneamente a las AFP, pues en el momento del traslado los que tienen conocimiento de la situación son el afiliado y el asesor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la administradora con el cual ya no se tiene contacto por parte de la organización financiera, volviendo dificultosa la tarea de probar la debida información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora ANGELA MARIA PAZ MOLINA realiza su traslado de régimen a la AFP DAVIVR hoy PROTECCION S.A., con fecha del 16 de septiembre de 1994 (Fl. 13 del documento digital 11001310502220200007600_C001) y el formulario suscrito con PORVENIR S.A. el 30 de enero de 2004 (Fl. 15 del documento digital 11001310502220200007600_C001); si bien en ambos formularios se establece



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante se puede extraer que, si bien conoce el concepto de rendimientos financieros este solo lo asocia como algo que pueda mejorar su pensión, seguidamente expresa que su traslado se dio porque fue contratada en DAVIVIENDA en 1993 y ahí la trasladaron a DAVIVIR pues pertenecían a la misma organización, en cuanto a la realizada en PORVENIR S.A. fue por las referencias que le dio su cónyuge al salir de DAVIVIENDA. Referente a la asesoría menciona que solo le hablaron de una mejor rentabilidad de los fondos y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, omitiendo informarle sobre cómo se podría pensionar en el régimen privado, los requisitos que necesitaba para poder pensionarse en dicho régimen y la implicación de tener una cuenta de ahorro individual.

Del interrogatorio de parte a la representante legal de PROTECCION S.A. se puede colegir que no conoce al asesor que afilió a la demandante a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., que no existen más pruebas de la afiliación sino el formulario, pues no existía la obligación de dejar por escrito lo sucedido en la asesoría.

Por todo lo anterior, se tiene que no se avizora una confesión de la accionante de haber recibido la información necesaria para probar que PROTECCION S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplió con el deber de información que le asiste al momento de trasladar a una persona de régimen pensional, por el contrario, se dilucida que no se le informó sobre de los riesgos, implicaciones, características y diferencias de ambos regímenes pensionales. En el mismo sentido el interrogatorio de parte de la representante legal de la ya citada AFP, en manera alguna acredita el cumplimiento del deber de información.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, |



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

| | | |
|--|---|--|
| | | sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Sobre los actos de relacionamiento, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implique tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 - 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber ni por PROTECCION S.A. y tampoco por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la inconformidad del apoderado de PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora ANGELA MARIA PAZ MOLINA.

Referente a la condena en costas alegada por la apoderada de PORVENIR S.A., se tiene que la misma es procedente al haber sido vencida en el proceso, de conformidad con lo regulado en el artículo 365 del C.G.P. De otra parte, PORVENIR S.A. no tiene legitimización para recurrir la absolución de costas procesales a COLPENSIONES, ello en tanto la parte demandante no formuló reparo alguno sobre tal aspecto.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del



cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, así como los gastos de administración, por ende, la prescripción para este tipo de acciones y rubros no opera, como en el caso que nos ocupa.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



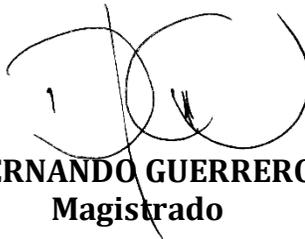
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

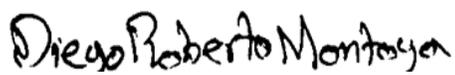
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá del 12 de octubre de 2021, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

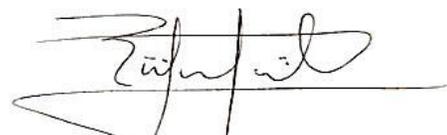
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 023 2018 00332 02
Demandante: CARLOS ARMANDO HENAO
Demandado: COLPENSIONES y la JUNTA NACIONAL DE
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

De manera previa procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto surtido dentro de la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el 17 de agosto de 2021, a través del cual se negó la prueba pericial de oficio, en el sentido de nombrar un perito profesional de Medicina Laboral o JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a fin de que emita un nuevo dictamen pericial conforme al Manual Único de Calificación de Invalidez el cual contemple porcentaje de pérdida de capacidad laboral, fecha de estructuración y diagnóstico motivo de la calificación.

I.- ANTECEDENTES:

La parte actora petitionó al Juzgado en su acápite de pruebas que decretara como prueba de oficio, el nombrar un perito profesional de Medicina Laboral o JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a fin de que emita un nuevo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dictamen pericial conforme al Manual Único de Calificación de Invalidez, el cual contemple porcentaje de pérdida de capacidad laboral, fecha de estructuración y diagnóstico motivo de la calificación.

II.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El fallador de instancia consideró que no es procedente la práctica de la prueba toda vez que dentro del plenario milita un dictamen pericial que fuese allegado por la misma parte demandante, el cual resulta suficiente para surtir una decisión de fondo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló, con el argumento que si bien dentro del expediente obra el dictamen pericial rendido por la doctora DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, médica especialista en Salud Ocupacional, se hace imperiosamente necesario que se surta otra calificación, ya sea por Juntas de Calificación diferentes a las que ya efectuaron calificaciones, o por un perito en Medicina Laboral que el operador judicial considere necesario efectos de que la nueva calificación resulte más idónea e integral respecto de las patologías padecidas.

IV.- CONSIDERACIONES:

En aras de desatar el objeto del debate resulta oportuno recordar que la prueba de oficio se encuentra regulada en la norma procesal laboral en su artículo 54, el cual reza:

“Además de las pruebas pedidas, el Juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de todas aquellas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.”

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3817-2020, Radicación No. 72142 de 16 de septiembre de 2020, señaló sobre el decreto de pruebas de oficio:

“la Sala considera pertinente indicar que si bien esta Corporación ha adoctrinado que en tratándose de derechos derivados del ámbito de la seguridad social, los funcionarios judiciales tienen por obligación superar las deficiencias probatorias o de gestión judicial, cuando se sospecha que de ellas pende una irreparable decisión de privar de protección a quien realmente se le debía otorgar, haciendo uso de los mecanismos legales previstos para ello, (Ver sentencia CSJ SL392-2019), también lo es que ha sostenido respecto del decreto oficioso de pruebas en los procesos del trabajo, que esta facultad legal consagrada en los artículos 54 y 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no puede desplazar, reemplazar o relevar a las partes de la «iniciativa probatoria» que, conforme a las reglas de la carga de la prueba, les competía de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 167 del Código General del Proceso.”

De otra parte, el artículo 51 del C.P.T. y de la S.S., consagra que *“Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el Juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales”*.

Bajo este escenario, deja de presente la Sala que el pilar principal del *petitum* se circunscribe a que se aumente la pérdida de capacidad del demandante, para lo cual, fue la misma parte quien allegó con la demanda un dictamen ajeno al decidido por la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, más exactamente el proferido el día 10 de enero de 2018 por la médica en Salud Ocupacional doctora DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ (24 a 33).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido y atendiendo lo decidido por el *a-quo*, la Sala considera que resulta inoperante el decreto de un nuevo dictamen, pues de una parte, al tenor de lo regulado en el artículo 51 del C.P.T. y de la S.S., en concordancia con el artículo 61 de la misma obra, dentro del plenario ya obra un dictamen allegado por el extremo accionante, que por demás advierte que contrario a lo decidido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, goza de un porcentaje de pérdida de capacidad superior al establecido por el ente nacional, incluso superior al 50%, soporte suficiente para que no sea necesario emitir una nueva experticia cuando se recalca, ya existe en el juicio un perito que lo asesoró en asuntos que requieren de conocimientos especiales como se colige del referido artículo 51 del C.P.T. y de la S.S.

Además, cabe resaltar que el dictamen emitido por la profesional de la salud doctora DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, se presentó dentro de la oportunidad procesal pertinente según lo dispuesto en el C.G.P.; tanto así, que fue controvertido por la contraparte, lo que advierte que goza de plena autenticidad probatoria para su análisis de fondo; circunstancia por la cual, el auto apelado habrá de confirmarse.

Así las cosas, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 17 de agosto de 2021 dentro de la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ARMANDO HENAO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a fin que se declare que el dictamen emitido por esta última es nulo en cuanto al valor establecido para sus deficiencias.

Asimismo, se declare que tiene una deficiencia física superior al 50% en los términos del Parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de ahí que tenga derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez regulada en el numeral 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 de manera vitalicia, a partir del mes de octubre de 2017, en cuantía no inferior a un S.M.L.M.V., junto con el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la misma normativa.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de COLPENSIONES y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 58 años de edad, al igual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que padece las enfermedades de Síndrome de Túnel Carpiano Bilateral de origen laboral, Síndrome de Manguito Rotatorio Bilateral de origen laboral, Otros Trastornos de Discos Intervertebrales – Discopatía L3-L4 L4L5 y L5S1 de origen común, Otras Degeneraciones del Disco Intervertebral – Anterolistesis Grado I de L5 Secundaria a Cambios Artrósicos Apofisiarios de origen común, Osteoartrosis de Rodilla Bilateral – Ganartrosis Primaria Bilateral de origen común, y Lesión de Ligamento Cruzado Anterior de origen común.

Que producto de los diagnósticos antes referidos, de conformidad con el Manual Único de Calificación de Invalidez sufre de Deficiencia por Dolor Crónico Somático, Deficiencia de las Extremidades Superiores por Deterioro del Nervio Periférico más Neuropatía por Atrapamiento, Deficiencia por Disminución de los Rangos de Movilidad del Hombro, Deficiencias de la Columna Lumbar y Deficiencias por Enfermedades del Tejido Conectivo que involucran el Sistema Osteomuscular.

Sostuvo que el 26 de julio de 2017 la ARL COLPATRIA emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral por las enfermedades reconocidas como laborales donde determinó un porcentaje de 32.23%, el cual se apeló y, en virtud de ello, el 23 de diciembre de 2016 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ profirió en primera instancia dictamen en el que asignó una pérdida de capacidad laboral del 32.93%, lo que conllevó a que el 19 de julio de 2017 la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ profiriera dictamen en el que se decidió una pérdida de capacidad laboral del 37.93%, pero únicamente por las enfermedades reconocidas como laborales y, frente a las deficiencias determinó el 45.06%, sin que fuesen ponderadas en la calificación final.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que no obstante de lo anterior, en el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ no se tuvo en cuenta ni se asignaron porcentajes a las enfermedades y deficiencias de origen común, pese a que se encontraban documentadas en la historia clínica.

Adicionó que el 8 de mayo de 2018, elevó solicitud de calificación integral ante COLPENSIONES en aras de obtener el porcentaje de las deficiencias a fin de acceder a la pensión de vejez anticipada por deficiencia física superior al 50%, por lo que COLPENSIONES el 22 de marzo de 2018 respondió que se había superado el año desde la fecha de la última calificación, omitiendo que lo calificado en su oportunidad por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ fueron las enfermedades de origen laboral cuando lo que se pretendía era la calificación incluyendo las enfermedades de origen común.

Indicó que el 23 de marzo de 2018 radicó ante la ARL SURA calificación integral incluyendo las enfermedades laborales y comunes en un mismo dictamen, ARL que negó lo pretendido con el argumento que ya existía dictamen en firme emanado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ por el cual se le había indemnizado.

Por último, indicó que cuenta con 1000 semanas de cotización siendo la última en el mes de septiembre de 2017, adicional a que el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ presenta errores.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ contestó la demanda refiriendo que la calificación emitida cuenta con pleno soporte probatorio y además guarda plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación de pérdida de capacidad laboral a partir del estado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salud que presentaba el paciente al momento de su evaluación únicamente con respecto a las secuelas de origen laboral de los diagnósticos Síndrome del Túnel Carpiano y Síndrome de Manguito Rotatorio determinadas como de origen laboral desde la calificación emitida en primera oportunidad por la ARL COLPATRIA.

Por otra parte, señaló que si lo pretendido por el demandante es una calificación integral donde se evalúen en forma conjunta condiciones tanto de origen común como laboral, esa solicitud debió realizarse desde la primera oportunidad y no generar un desgaste judicial con la presente demanda, pues el Legislador especificó claramente cuáles son los organismos competentes para la calificación de la pérdida de capacidad laboral al tenor de lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, el cual modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, de ahí que como ente Nacional no sea un calificador directo, teniendo solo competencia para resolver recursos de apelación frente a una calificación emitida por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, por lo que jurídicamente resulta improcedente que en el dictamen emitido se realizara una calificación integral, o se tuvieran en cuenta las condiciones de origen común.

Formuló como medios exceptivos los denominados legalidad de la calificación expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la variación de la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del *petitum*: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto al dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – competencia del Juez Laboral, buena fe y genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte COLPENSIONES sostuvo en su contestación que al actor no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión deprecada, ya que no cumple con los requisitos consagrados en la ley, en especial porque no presenta una deficiencia física superior al 50%.

Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Vale la pena resaltar que la Sala conoció previamente el asunto de la referencia, a efectos de resolver la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2019 donde decidió absolver a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra (Fls. 192 a 194 – incluido Cd).

En esa ocasión, mediante proveído del 31 de agosto de 2020 la Sala dispuso decretar la nulidad de esa sentencia en los términos del Párrafo 5º del artículo 137 del C.G.P., en el sentido que se debió vincular al juicio a la ARL COLPATRIA como quiera que, ante la injerencia de calificación del libelista, dicha ARL debía intervenir en calidad de litisconsorte necesario, pues si bien dentro de la demanda ninguna de las pretensiones se encaminan en su contra, la eventual modificación del dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, frente a las patologías de origen laboral alegadas por el actor, pueden acarrearle diversas obligaciones prestacionales a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 776 de 2006, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1295 de 1995, o una pensión de invalidez de origen laboral o el reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente parcial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Fue por ello, que luego de que el *a-quo* vinculara a la ARL COLPATRIA al juicio, se le tuvo por contestada la demanda exponiendo que, el demandante no goza del reconocimiento y pago de la pensión pretendida a cargo de sus dependencias, toda vez que, se trata de una prestación totalmente ajena al Sistema de Riesgos Laborales pues la pensión anticipada de vejez exige unos requisitos de edad y semanas que son aspectos propios del régimen común administrado por COLPENSIONES.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – Inexistencia de la obligación – la pensión anticipada de vejez es una prestación que se encuentra a cargo del régimen común administrado por COLPENSIONES, delimitación de la cobertura de las administradoras de riesgos laborales – las prestaciones asistenciales y económicas en cabeza de la ARL se encuentra expresamente consagrada por la Ley, plena validez y eficacia del dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, inexistencia de derecho a prestación económica de pensión de invalidez a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – CARLOS ARMANDO HENAO no se encuentra en estado de invalidez por enfermedad de origen laboral, cumplimiento de las obligaciones a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – otorgamiento de las prestaciones asistenciales y económicas a favor del demandante derivadas de las patologías de origen laboral, prescripción de las prestaciones del sistema general de riesgos laborales, sujeción a los requisitos existentes del Sistema General de Riesgos Laborales para el reconocimiento de una eventual prestación económica, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de agosto de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones perseguidas por el demandante.

Para arribar a dicha conclusión, expuso el fallador de instancia que respecto de la pretensión de la nulidad del dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la calificación de la pérdida de capacidad laboral de una persona se deben tener en cuenta todas las secuelas incluyendo las anteriores, aun cuando las mismas sean de diferente origen en atención del concepto de calificación integral, atendiendo la norma técnica vigente a la fecha que se realice la calificación.

Que por tal razón, en ningún caso puede entenderse que el concepto integralidad es la suma de pérdidas de capacidades laborales independientes del origen, esto es, la sumatoria de dos dictámenes, por cuanto dicha actuación implicaría una violación a la norma técnica.

También expuso que las Juntas de Calificación de Invalidez junto con COLPENSIONES, EPS, ARL y Compañías de Seguros que asumen riesgos de invalidez y muerte, son entidades que la Ley determina como responsables de establecer con fundamentos de criterios técnicos, médicos y científicos el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen de la misma y la fecha de estructuración de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sin que los mismos puedan ser debatidos judicialmente como se determina en el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, por lo que probatoriamente hablando se pueden llegar a acreditar los dislates en los que pudo haber incurrido una pericia según lo regulan los artículos 51 y 61 del C.P.T. y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que a pesar de lo anterior, no puede entenderse que todos los medios de prueba dispuestos por el legislador sirvan para acreditar cualquier aspecto fáctico, pues existen algunos que por su especialidad y su carácter técnico requieren de un medio probatorio acorde como lo es la nulidad de un dictamen de pérdida de capacidad laboral, de ahí que lo que se necesite sea la obtención de una nueva valoración preferiblemente emanada de un grupo experto en la materia, o un experto que tenga similar idoneidad al de los integrantes de la junta demandada, pues los parámetros para calificar por los entes determinados normativamente se encuentran regulados en los artículos 38 y 43 de la Ley 100 de 1993 y en el Capítulo III del Decreto 2463 de 2001.

Por ello, sostuvo que para la obtención de la calificación integral se debe tener un diagnóstico del resultado de las patologías que son susceptibles de calificar respecto de la mejoría médica máxima como así lo determinó el médico ponente del dictamen que emitiera la encartada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con relación al demandante, el cual aceptó que para efectos de la calificación al demandante no se le tuvieron otras patologías diferentes a las que se le declararon como de origen laboral pues en el historial clínico no obraban antecedentes pertinentes y los resultados de los diagnósticos referentes a la mejoría médica máxima y demás patologías de origen común conducían a que no fuese posible obtener una calificación sobre estos conceptos, y si bien la demandante se apoyó en un nuevo dictamen rendido por la médica DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ en el que se tuvo en cuenta las patologías de origen común, es decir, efectuó la calificación integral pero sin tener un diagnóstico o resultado de las mentadas patologías de origen común sobre la mejoría médica máxima; circunstancia por la cual, concluyó que el dictamen de la médica DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ no fue claro ni detallado en su fundamento para considerarlo significativamente fuerte probatoriamente con relación al que expidiera la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, consideró que al no prosperar el cambio de porcentaje superior al 50% que profiriera la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, claro resultó que el demandante no era beneficiario de la pensión aquí deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandante la apeló. Indicó en su alzada que la mejoría médica máxima no es la causal única de calificación, tan así que ni siquiera es una causal, pues el manual de invalidez simplemente la tiene en cuenta como un punto en el cual la condición patológica se estabiliza sustancialmente y resulta poco probable que tenga cambios.

Aduce que no existe la norma donde se precise que debe expedirse un certificado de mejoría médica máxima y, si así lo dijera la norma, el manual tendría que ser desarrollado.

Que cuando se inician procesos de calificación de invalidez se exigen conceptos de rehabilitación los cuales pueden ser favorables o desfavorables, y en caso de resultar desfavorables, el proceso de la calificación de invalidez debe realizarse de manera inmediata y, de ser favorable, puede dar inicio luego de cumplidos los 540 días de incapacidad. Que en igual sentido, se ha indicado que el concepto desfavorable se debe emitir cuando la persona ya no cuenta con otra posibilidad de rehabilitación, y como bien lo precisó la perito DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, no tenía ninguna posibilidad de continuar con la labor que venía desarrollando.

Finalmente alega que la perito en su dictamen no desconoció los porcentajes que había determinado en su momento la JUNTA NACIONAL DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, sino que ajustó las enfermedades de origen común.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá auscultarse en primer lugar, si el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 86260122 – 5956 del 23 de diciembre de 2016 que profiriera la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que terminó al demandante una pérdida de capacidad laboral del 37.93%, cuya fecha de estructuración lo fue el 4 de agosto de 2016, ha de modificarse en cuanto al porcentaje, el que debe ser superior al 50% teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte demandante en el entendido que no se tuvieron en cuenta las patologías de origen común así como una calificación integral.

Como segundo problema jurídico y en caso de salir avante el anterior, deberá determinarse si al demandante le asiste el derecho pensional por vejez de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de discusión que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en sede de cierre y con relación al aquí demandante, emitió el dictamen No. 80260122 - 8790 del 19 de julio de 2017 en el que determinó una pérdida de capacidad del 37.93% de origen laboral, cuya fecha de estructuración fue el 4 de agosto de 2016 (Fls. 68 a 80). Allí se dispuso que las patologías calificables girarían en torno a Síndrome de Manguito Rotatorio y Síndrome del Túnel Carpiano.

Expuesto lo anterior, debe decirse que respecto a la pérdida de la capacidad laboral, el Decreto 2463 de 2001, estableció en su artículo 6º, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y que si se presentan discrepancias por el origen, estas deben ser resueltas por la Junta Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Así mismo, se indica en el artículo 11, que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de estos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se estableció:

“(...) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días.
Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. ...”*

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Por ello, el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las calificaciones del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona y en el caso que nos ocupa para la determinación del origen de las patologías.

En el caso concreto, es claro que para determinarse el origen de la pérdida de la capacidad laboral así como su porcentaje, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ debía tener todas las anteriores; no obstante, teniendo en cuenta que el dictamen emitido por la esa Junta, no es la prueba exclusiva para determinar el origen o porcentaje de cualquier afectación o patología y así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, en varias sentencias tales como sentencias con Radicación No. 24392 del 29 de junio de 2005, Radicación No. 25505 del 30 de agosto de 2005, SL5622-2014, Radicación No. 52072 del 9 de septiembre de 2014, se deben estudiar todos los elementos probatorios con el fin de determinar cuáles son las que forman el convencimiento suficiente para definir el problema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídico planteado, aspecto que por demás guarda congruencia con lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

También debe indicarse, que según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para la realización de la calificación por parte de los entes correspondientes, la misma en toda ocasión debe efectuarse con ocasión de una calificación integral, entendida esta como que al momento de la valoración, el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías, incluidas las anteriores, sean de origen laboral o común, y tendiendo la normativa técnica vigente a la fecha de la calificación – Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, Sentencias SL3949-2020, Radicación No. 60531 del 22 de septiembre de 2020, SL459-2021, Radicación No. 83673 del 3 de febrero de 2021, SL1894-2021, Radicación No. 76469 del 10 de marzo de 2021, entre otras.

Incluso, en sentencia SL1987-2019 la Corte determinó:

“Se resalta que esta Sala ya se pronunció respecto a que, en la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona se deben tener en cuenta todas las secuelas, incluyendo las anteriores, aun cuando las mismas sean de diferente origen, bajo el concepto de calificación integral, así lo dispuso en la sentencia CSJ SL, del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892 y en la CSJ SL 526 -2012.”

Adicionalmente, como quiera que la fecha de estructuración del demandante aconteció el 4 de agosto de 2016, claro es que el Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional a aplicar es el Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014, que dispone el principio de integralidad de la siguiente manera:

“El Manual acoge el principio general de “integralidad” como soporte de la metodología que se expondrá en adelante para calificar las deficiencias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en la capacidad laboral u ocupacional. La integralidad es referida a dictámenes y procesos de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia.”

Por demás, el referido manual en su numeral 4.5. regula para la realización de la calificación lo siguiente:

*“4.5. **Historial clínico:** Describe los antecedentes, la evolución y el estado actual de la patología que se está calificando; incluye los antecedentes pertinentes y los resultados de los diagnósticos referentes a la Mejoría Médica Máxima (MMM), la Carga de Adherencia al Tratamiento (CAT) y los diferentes tratamientos de la(s) deficiencia(s). Puede ser factor principal y modulador, lo cual se define en cada tabla de calificación.”*

Asimismo, la Mejoría Médica Máxima se regula en el numeral 4.6. como:

*“4.6. **Mejoría Médica Máxima “MMM”:** ‘Punto en el cual la condición patológica se estabiliza sustancialmente y es poco probable que cambie, ya sea para mejorar o empeorar, en el próximo año, con o sin tratamiento. Son sinónimos de este término: pérdida comprobable, pérdidas fija y estable, cura máxima, grado máximo de mejoría médica, máximo grado de salud, curación máxima, máxima rehabilitación médica, estabilidad médica máxima, estabilidad médica, resultados médicos finales, médicamente estable, médicamente estacionario, permanente y estacionario, no se puede ofrecer más tratamiento o se da por terminado el tratamiento. Incluye los tratamientos médicos, quirúrgicos y de rehabilitación integral que se encuentren disponibles para las personas y que sean pertinentes según la condición de salud.”*

En resumidas cuentas y como lo determinó el fallador de instancia, para la obtención de la calificación se debe obtener una calificación del resultado máximo de las patologías que sean susceptibles de calificación respecto de la Mejoría Médica Máxima.

Pues bien, confrontado el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ frente al demandante, como ya se advirtió, allí se dispuso que las patologías calificables girarían en torno a Síndrome de Manguito Rotatorio y Síndrome del Túnel Carpiano, mismas que con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anterioridad habían sido calificadas y analizadas por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, siendo claro el médico ponente CARLOS ARMANDO HENAO en un acápite del dictamen que *“no encontramos, ni se han aportado, argumentos médicos o pruebas paraclínicas que nos permitan modificar lo actuado por la Junta Regional cuyo dictamen evaluamos como ajustado a la realidad funcional del paciente y a los preceptos de calificación contenidos en el decreto 1507 de 2014, en uno de los ítems que conforman la calificación: El de la deficiencia.”*

Así las cosas, en el plenario milita un segundo dictamen aportado por la parte demandante y que fuese rendido por la médica especialista en Salud Ocupacional DIANA MILESNA TRIANA GÓMEZ (Fls. 25 a 33), en que se tuvo en cuenta las patologías de origen común, es decir, las atinentes a Otros Trastornos de los Discos Intervertebrales (Discopatía L3-L4 L4-L5 y L5-S1), Otras Degeneraciones del Disco Intervertebral (Anterolistesis Grado I de L5 Secundaria a Cambios Artrósicos Apofisarios), Osteoartrosis de Rodilla Bilateral (Ganartrosis Primaria Bilateral), y Lesión de Ligamento Cruzado Anterior Izquierdo, que conllevó a que determinara un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante equivalente al 69.33%.

A pesar de lo anterior, el dictamen de la profesional de la salud DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, si bien describe que las patologías de origen común, en concordancia con las de origen laboral determinadas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (Calificación Integral), arrojan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, no se puede establecer algún patrón o desenlace que establezca un diagnóstico sobre la Mejoría Médica Máxima de las patologías originadas como común al tenor de lo preceptuado en el Decreto 1507 de 2014 que condujeran a que en forma determinante y sin dubitación las enfermedades comunes pudiesen asentarse como una total decadencia de la salud del señor CARLOS ARMANDO HENAO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Y es tan así, que al absolver la médica DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ cuestionamientos al dictamen que realizara el profesional del derecho en representación de la ARL POSITIVA, y de conformidad con lo establecido en el artículo 228 del C.G.P., la médica especialista en Salud Ocupacional adujo que a la conclusión que había allegado respecto del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del señor CARLOS ARMANDO HENAO, había sido con ocasión a una conclusión a la que llegó sobre el reintegro o reubicación del actor, presupuesto que no está acorde con la figura de la Mejoría Médica Máxima del Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, ya que dentro del plenario, en especial la historia clínica del demandante, no sea precia que se describa que sus patologías comunes en la actualidad se encuentran en un estado de limitación que se puedan entender para la aplicación de la Mejoría Médica Máxima.

Por otra parte, confrontado el dictamen de la perito con el emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se encontraron otras inconsistencias, como lo es el hecho que la perito no tuvo en cuenta que el demandante llevaba más de seis años sin laborar y no contaba con dispositivos de ayuda.

Así las cosas, la Sala puede concluir que no hay lugar a modificar el dictamen pericial emanado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en cuanto al porcentaje decidido para la pérdida de capacidad laboral del señor CARLOS ARMANDO HENAO, en tanto, si bien es clara la jurisprudencia y la norma en advertir que la calificación integral debe analizarse por cualquier órgano o dependencia autorizada por la ley para la emisión de dictámenes de pérdida de capacidad laboral y porcentaje de la misma bajo la égida de la capacidad integral, no pueden perderse de vista criterios técnicos y científicos que deben analizar los expertos en la materia al momento de adoptar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

decisiones de esa trascendencia, aspecto que, a juicio de la Sala no tuvo en cuenta la médica DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, toda vez que el dictamen por ella proferido no propone en forma palmaria, secuencias trascendentales en torno a las afecciones de salud del actor que conlleven el cambio del porcentaje decidido por la Junta incluyendo las enfermedades de origen laboral, en especial, determinar que las mismas se pudiesen catalogar como una Mejoría Médica Máxima para entenderse como una imposibilidad de mejoría del demandante en cuanto a sus afecciones.

Lo anterior, detecta que por el hecho de que existan patologías tanto de origen laboral como común, tal aspecto no es óbice para que se pueda entender una simple sumatoria de porcentajes para concluirse una pérdida de capacidad laboral, ya que es clara la norma en determinar ciertos aspectos rigurosos para la calificación, que a juicio de la Sala no se configuraron de manera fehaciente para que opere la súplica principal del *petitum*; circunstancia por la cual, la sentencia de primer aspecto se confirmará.

En tal sentido, al no prosperar a favor del demandante una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, claro es que no goza de las prerrogativas de la pensión de vejez a la luz del Parágrafo 4º Transitorio dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que la decisión de primer se conformará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

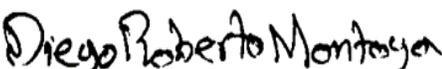
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

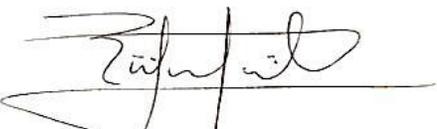
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 2020 00193 02
Demandante: NESTOR ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Demandado: YAMBAL DE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NESTOR ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de YANBAL DE COLOMBIA S.A.S., a fin que se declare nulo de pleno derecho la terminación de mutuo acuerdo del contrato de trabajo al haber sido efectuado bajo presión y engaños, sin el lleno de los requisitos propios de un despido.

En virtud de lo anterior, se ordene la reinstalación a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía al momento del despido, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales durante el tiempo de su desvinculación y el pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones indicó que laboró al servicio de YANBAL DE COLOMBIA S.A.S. desde el 1º de abril de 2009 hasta el 8 de junio de 2020, desempeñando el cargo de Auxiliar de Almacén y Distribución.

Que para la fecha del finiquito de la relación laboral devengaba un salario de \$1.186.000, desempeñando siempre sus labores bajo las instrucciones de su empleador y cumpliendo el horario de trabajo señalado por este, sin que se presentara alguna queja o llamado de atención.

Resaltó que la encartada decidió dar por terminado su contrato de trabajo aduciendo una culminación de mutuo acuerdo, situación falsa por cuanto no se presentó su consentimiento, ya que al llegar a laborar el 8 de junio de 2020, fue requerido en la oficina donde le manifestaron que como consecuencia de la pandemia COVID 19 y disminución en las ventas, la empresa daba por terminada la relación laboral, de ahí que debía suscribir el documento de finalización, a lo cual le sería otorgada una bonificación de \$10.387.635, lo que se disfrazó en una renuncia inducida y obtenida bajo coacción.

Que en virtud de lo anterior, no le fue posible deliberar libremente, presentándosele un presunto acuerdo voluntario, lo que se constituye en un vicio en el consentimiento al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas en su contra. En primer lugar, aceptó la existencia de un contrato de trabajo con el demandante sobre los mismos extremos endilgados por el actor en su *petitum*, el cargo y el salario devengado.

En lo que respecta a las pretensiones, adujo que la terminación laboral obedeció a mutuo acuerdo entre las partes y, no a una cancelación del contrato, donde el actor fue quien de manera libre y voluntaria suscribió el acuerdo de voluntades,



sumado al hecho que no cuenta con alguna condición especial que lo haga merecedor de una reinstalación a su puesto de trabajo.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, adujo que de las probanzas acreditadas, quedó plenamente demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2009 y el 8 de junio de 2020, desempeñando como último cargo el de Auxiliar de Almacén y Distribución, con una última asignación salarial básica mensual la suma de \$1.166.000.

Una vez precisado lo anterior, el *a-quo* indicó que del conjunto probatorio, en especial los testimonios rendidos a favor de la parte demandante, no se demostró que la suscripción del acuerdo de voluntades que pusiera fin al contrato de trabajo hubiese sido celebrado por el demandante bajo un constreñimiento o atado a una fuerza que produjera la configuración de los vicios del consentimiento al tenor de lo preceptuado en los artículos 1508 y 1513 del Código Civil, más aún si el acuerdo conllevó a que al actor le fuese cancelada una bonificación equivalente a una eventual indemnización, escenario que no advierte situaciones diferentes a las pactadas, pues claro es que el actor conoció de todos los términos expuestos por la encartada en el acuerdo suscrito.

Que adicionalmente, debe atenderse que con la firma del acuerdo en su contenido quedó consignado que el demandante recibió a satisfacción no solo todos los derechos laborales regulados en la ley, sino además una suma dineraria por la celebración de dicho acuerdo, aspectos todos que no demuestran un engaño como lo alega el demandante en su demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por cuanto la sentencia de primer grado fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, situación acorde a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el acto jurídico suscrito entre las partes atinente al mutuo acuerdo que puso fin al contrato de trabajo, se encuentra revestido de vicios del consentimiento al tenor de las disposiciones contenidas en el Código Civil, de ahí que la culminación de la relación laboral del demandante sea nula y, por consiguiente, goce de prosperidad el reintegro perseguido junto con el pago de las acreencias laborales.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que, entre el aquí demandante y YANBAL DE COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2009 y el 8 de junio de 2020, calenda última en que las partes suscribieron un documento denominado *“DOCUMENTO DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO”*.



Tampoco el hecho que el último cargo del demandante fue el de Auxiliar Almacén y Distribución I, y que su última retribución salarial básica mensual ascendió a la suma de \$1.186.000, prueba de todo ello lo es el contrato de trabajo el contrato de trabajo celebrado el 1º de abril de 2009, el documento de mutuo acuerdo suscrito el 8 de junio de 2020 y la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 7, 8 y 54 - Cd que contiene la contestación de demanda y las pruebas documentales allegadas por la parte demandada).

Ahora, en lo que respecta a los vicios del consentimiento, el artículo 1508 del Código Civil regula que, los que pueden adolecer el consentimiento son el error la fuerza y el dolo, regulados estos en los artículos 1509 y sub siguientes de dicha disposición normativa.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por su parte, ha sido reiterativa en aseverar que la carga probatoria de la configuración de tales supuestos, corresponde acreditarla a la parte demandante, así lo sostuvo en la sentencia SL13202-2015, radicación No. 47028 del 9 de septiembre de 2015:

“Ahora bien, frente a lo segundo, ha de recordarse que con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso. En el sub lite el recurrente incumple su deber de indicarle a la Corte, respecto de las pruebas cuyo juicio de valor acusa -acta de conciliación y convención colectiva-, cuál de 11 Radicación n° 47028 ellas evidencia el vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo que no dio por acreditado el juez de alzada. En efecto, esa «adenda» -como la llamó el Tribunal- del acta de acuerdo que a manuscrito plasmó el trabajador, no acredita que su voluntad hubiese estado viciada, por el contrario, evidencia que en la diligencia de conciliación actuó libre de apremio que por error, fuerza o dolo viciara su consentimiento.”

Así lo ha venido sosteniendo en reiterativas decisiones tales como las SL4819-2021, Radicación No. 72990 del 20 de octubre de 2021, SL4433-2021, Radicación No. 87559 del 20 de septiembre de 2021, 4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, entre otras.

En este escenario, cuando existe una intención de influencia del empleador para con el trabajador a través de conductas o acciones dolosas, de fuerza o induciendo al error a este último, para que así se constituya el resultado de la renuncia bajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

una coacción o constreñimiento, es cuando la renuncia presentada se reviste de nulidad.

Al respecto, debe traerse a colación lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que a la letra reza:

“ARTICULO 1746. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

Así las cosas, y para mayor proveer, se aprecia a folio 7 yace el documento que suscribieran las partes el 8 de junio de 2020 denominado “DOCUMENTO DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POT MUTUO ACUERDO”, el cual contiene la siguiente información:

*“Entre los suscritos: **YANBAL DE COLOMBIA S.A.S.**, con NIT 860.512.249-4, representada en este documento por el señor **FELIPE ALARCÓN OSPINA**, identificado con cédula de ciudadanía número 79.555.683 de Bogotá, quien actúa en calidad de Director de Operaciones Colombia, en su calidad de **EMPLEADOR**, y por otra parte **NESTOR ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ**, mayor de edad, identificado (a) con la cédula de ciudadanía número 3.171.600, quien actúa en nombre propio y en su calidad de **TRABAJADOR**, en virtud de lo dispuesto en el Literal b) del Artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, hemos convenido suscribir el presente documento para formalizar la terminación por mutuo acuerdo de la relación laboral que unió a las partes antes citadas.*

I. CONSIDERACIONES

1. *En razón de las graves consecuencias económicas derivadas de la pandemia del coronavirus y de las situaciones de emergencia decretadas por el gobierno nacional, **EL EMPLEADOR** está atravesando una situación sin precedentes que viene afectando a todos tanto en el ámbito personal como profesional.*

2. *Ante esta situación, **EL EMPLEADOR** ha realizado todo el esfuerzo posible para minimizar el impacto en el negocio y la organización, pero en particular, en sus colaboradores.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

3. Entre las partes se suscribió un contrato de trabajo en virtud del cual el **TRABAJADOR** ha laborado para **EL EMPLEADOR** desde el 1 de abril de 2009.

4. Durante la vinculación laboral, **EL TRABAJADOR** prestó sus servicios con completa normalidad.

5. Desde el inicio de la vinculación laboral, **EL EMPLEADOR** afilió a **EL TRABAJADOR** y realizó durante toda la vigencia del contrato de trabajo, los respectivos aportes al sistema integral de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales. De igual forma, **EL EMPLEADOR** cumplió en todo momento con sus obligaciones relacionadas con el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, en los montos aplicables a **EL TRABAJADOR**.

II ACUERDOS

1. Terminar de **MUTUO ACUERDO**, a partir del día 8 de junio de 2020, el contrato de trabajo que fue suscrito entre las partes.

2. La liquidación final de derechos laborales de **EL TRABAJADOR** arroja un valor bruto de **COP\$1.883.692**, la cual fue calculada por **EL EMPLEADOR** de buena fe, teniendo en cuenta lo establecido en la ley y tomando un sueldo básico de **COP\$1.186.000**, el que corresponde al efectivamente devengado por **EL TRABAJADOR**.

3. Además de la liquidación final de derechos laborales, **EL EMPLEADOR** de mera liberalidad ha decidido reconocer al **TRABAJADOR** una bonificación por un valor bruto de **COP\$10.387.635**, la cual será pagada por única vez y no tendrá naturaleza salarial, teniendo en cuenta que no corresponde a una remuneración de los servicios del **TRABAJADOR**, y adicionalmente, así lo entienden y acuerdan las partes conforme a lo permitido por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y por el Artículo 17 de la Ley 344 de 1996.

4. La sumatoria del valor bruto de **COP\$1.883.692** que corresponde a la liquidación final de acreencias laborales, más el valor bruto de **COP\$10.387.635** que corresponde a la bonificación de mera liberalidad descrita en el numeral anterior, arroja un valor total de **COP\$12.271.327**, suma a la cual se le aplican los conceptos que se relacionan en la liquidación final, por un valor de **COP\$900.010**, los cuales **EL TRABAJADOR** expresamente autorizó a descontar y en el presente documento ratifica, para un total neto a favor de **EL TRABAJADOR** de **COP\$11.371.317**, suma que se pagará mediante consignación / transferencia electrónica que será realizada por **EL EMPLEADOR** a la cuenta bancaria registrada para tal efecto por **EL TRABAJADOR**, en un plazo no superior a quince (15) días, frente a lo cual **EL TRABAJADOR** manifiesta su plena conformidad.

5. Las partes convienen dejar constancia de que, a la terminación del contrato de trabajo, **EL TRABAJADOR** no cuenta con restricciones ni recomendaciones médico-laborales vigentes, quien venía desarrollando las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actividades propias de su cargo con completa normalidad, sin impedimento o afectación alguna.

6. EL TRABAJADOR declara y ratifica que es su deseo inequívoco, libre y voluntario, finalizar el vínculo laboral que lo unió a **EL EMPLEADOR**, por **MUTUO ACUERDO**, a partir de la fecha mencionada en el numeral 1º. Por tanto, manifiesta estar de acuerdo con todos los términos, planteamientos, conceptos, plazos, cuantías y pagos aquí estipulados, y por esto, con la firma de este documento declara expresamente a **EL EMPLEADOR** a **PAZ Y SALVO** no sólo por los derechos aquí mencionados, sino por cualquier otro de carácter laboral que pudiera desprenderse de la relación laboral que tuvo con **EL EMPLEADOR** y de los servicios prestados, sin importar su nombre, naturaleza y forma, tales como: salarios, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, recargos dominicales y/o festivos, comisiones, compensatorios, indemnización por despido, dotaciones, auxilio de transporte, indemnización moratoria, indemnización prevista en la Ley Clopatofsky (Ley 361 de 1997), reliquidación de prestaciones sociales, estabilidad laboral reforzada, reintegro y, en general, cualquier pago laboral o reclamación presente o futura que pudiera generarse con ocasión de la suscripción, ejecución y finalización de la relación laboral que existió entre las partes, declarando expresamente que no hay lugar a reclamos posteriores.

7. Los soportes de pagos de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad correspondientes a los últimos tres (3) meses, serán entregados al **TRABAJADOR** en los próximos días.

8. EL EMPLEADOR expresa su sincero y profundo agradecimiento al **TRABAJADOR** por haber sido parte de su historia, por su compromiso y entrega durante los años que estuvo vinculado a la Organización.

(...)"

En el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante señor NESTOR ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quien manifestó que es Técnico de Oficina y en la actualidad se encuentra desempleado.

Que fue Auxiliar de Almacén al servicio de la demandada durante 12 años, relación laboral que según la demandada finalizó por mutuo acuerdo, ya que, si bien suscribió con la empresa un acuerdo de terminación, esa situación la llevó a cabo por cuanto la compañía le manifestó que estaba atravesando una situación económica crítica.

Que sabe leer, y que al momento de suscribir el documento sabía que el mismo tenía consignado una terminación de mutuo acuerdo, firmándolo ante la difícil situación económica que estaba atravesando, precisando que, ante la suscripción



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del documento, le fue otorgado por su empleador la suma de \$11.000.000, dinero que le fue consignado a su cuenta bancaria.

El testigo IVÁN DAVID GÓMEZ PÉREZ indicó que en la actualidad se encuentra laborando en una empresa. Que estuvo vinculado laboralmente con la demandada por espacio de 5 años, así como que conoce al demandante porque fueron Compañeros de trabajo.

Que el demandante laboró más tiempo que él al servicio de la demandada, y cuando él como testigo ingresó a la encartada, el demandante desempeñaba el cargo de Auxiliar de Almacén y Distribución y después los dejaron a los dos como Auxiliares encargados de una maquinaria.

Que no estaba presente al momento en que el demandante suscribió el documento de mutuo acuerdo con la empresa demandada a efectos de culminar el contrato de trabajo, mutuo acuerdo que él también suscribió frente a su contrato de trabajo el día 10 de junio de 2020.

Que el contenido del documento de mutuo acuerdo que él como testigo suscribió con la demandada tenía como contenido lo referente a los extremos del contrato de trabajo, un ítem que contenía que por el supuesto mutuo acuerdo finalizaría el contrato de trabajo, indicando que el supuesto mutuo acuerdo sucedió por cuanto la compañía lo único que hizo fue llamarlos a la oficina e imponerles la condición que debían firmar el documento de mutuo acuerdo.

Que a él como declarante la demandada no le notificó de manera previa lo atinente a la suscripción del documento de mutuo acuerdo, sino que ese mismo día en su jornada laboral fue que se le indicó que se acercara a las oficinas para firmar el mutuo acuerdo, reiterando que no tiene conocimiento directo de la suscripción del documento entre la demandada y el actor, pero que supone que es el mismo que él como testigo suscribió en su momento, como quiera que fueron varios los trabajadores quienes suscribieron ese mutuo acuerdo.

La testigo JENNY PAOLA ROMERO SÁNCHEZ expuso que es Administradora de Empresas con especialización en Gerencia de Talento Humano, y es la Jefe de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Recursos Humanos de YANBAL DE COLOMBIA S.A.S., estando vinculada a la empresa desde hace 9 años.

Que el demandante trabajó para la demandada en el cargo de Auxiliar de Almacén y Distribución desde el 1º de abril de 2009 hasta el 8 de junio de 2020, así como que la terminación del contrato del demandante se dio con ocasión a un mutuo acuerdo que suscribiera con la empresa, aspecto que ocurrió como consecuencia de la situación económica sucedida a la empresa debido a la pandemia.

Que ella como declarante no estuvo presente el día en que las partes suscribieron el documento por mutuo acuerdo, precisando que el dinero dado al demandante correspondió a la indemnización de ley. Que tiene conocimiento que la figura de mutuo acuerdo para el finiquito del vínculo laboral obedeció a que era más fácil que al demandante se le culminara el contrato así.

Que el contrato del demandante finalizó por mutuo acuerdo el 8 de junio de 2020 y el 11 de junio de ese mismo mes y año se le canceló lo acordado a su cuenta bancaria, sin que nunca hubiese existido una reclamación por parte del actor sobre cómo se realizó el proceso de mutuo acuerdo.

Expuso que en caso de que el actor no hubiese estado de acuerdo en ese momento con firmar el mutuo acuerdo, la compañía hubiese procedido a terminar su contrato sin justa causa y realizar el pago de la misma.

Puestas así las cosas y como lo determinó el fallador de instancia, la Sala puede colegir que las pretensiones incoadas no gozan con vocación de prosperidad, en tanto, la parte demandante al tenor de la carga probatoria que le asistía de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., no acreditó la existencia de los vicios del consentimiento alegado en su petitum.

Nótese que el testimonio decretado a favor de la parte demandante, esto es, el del señor IVÁN DAVID GÓMEZ PÉREZ, si bien relató que fue compañero de trabajo del demandante y que incluso él como declarante también suscribió una terminación de su propio vínculo laboral por mutuo acuerdo con la encartada, sus dichos en lo que respectan al actor no lo constituyen como un testigo directo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior, como quiera que, claro fue el testigo en manifestar que no estuvo en el momento en que el actor celebró la terminación del contrato de trabajo con YANBAL DE COLOMBIA S.A. por mutuo acuerdo, de ahí que de entrada se colija que sobre su declaración no se pueda extraer credibilidad de las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre las condiciones específicas y concretas en que al actor se le coaccionó o constriñó por parte del empleador al momento de suscribir el documento de culminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo.

Por otra parte, si bien el testigo expuso que existieron varios trabajadores que fueron objeto de que la empresa también finalizara sus contratos de trabajo por mutuo acuerdo, esos relatos no indican situaciones precisas sobre la política que la demandada venía desarrollando en aras de finalizar relaciones laborales consecutivamente, incluyendo la del aquí demandante, ni mucho menos que la suscripción de mutuo acuerdo se ejerciera bajo alguna presión de amenaza indebida.

Es por ello, que por el simple hecho que el demandante hubiese manifestado en su interrogatorio de parte que existió un motivo de duda frente a la suscripción del acuerdo y que el mismo se celebró el mismo día en que se le llamó a revisarlo, tal tópico no puede ser entendido como una configuración de algún vicio del consentimiento en los términos del Código Civil, pues no debe perderse de vista el hecho que no está probada alguna presión con el demandante o intromisión al error, máxime si se tiene en cuenta que el propio actor confesó que leyó a plenitud el documento de acuerdo de finalización de la relación laboral.

Aunado a ello, según se desprende del documento en mención, puede interpretarse que al haber sido leídos los términos formulados en el acuerdo, es claro el conocimiento de los mismos, más aún que como quedó demostrado, al actor lo allí establecido como retribución pecuniaria le fue cancelada en legal orden, junto con sus derechos mínimos e irrenunciables como denota la liquidación final de prestaciones sociales que no fuese refutada de falsa, sin que del documento de acuerdo de finalización tampoco se advierta alguna irregularidad en su suscripción (Fl. 9), es tan así, que allí quedó consignado que el demandante ratificó a satisfacción lo acordado, incluido el monto monetario a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

razón de la bonificación a la finalización del contrato de trabajo, presupuestos todos que a juicio de la Sala no demuestran una indebido actuar por el empleador para la configuración de los vicios del consentimiento; circunstancia por la cual, la sentencia absolutoria decidida por el *a-quo* habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

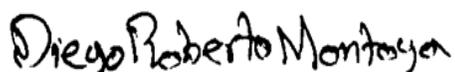
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

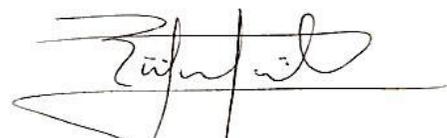
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor LUIS FELIPE SILVA BARRETO el 1º de julio de 1953, compartiendo techo, lecho y mesa con el causante en forma permanente e ininterrumpida desde el día de su matrimonio hasta el año 1989.

Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 6 de septiembre de 1998 decretó la separación indefinida de cuerpos y la liquidación de la sociedad conyugal con el fallecido, pero a pesar de ello, el vínculo matrimonial siguió vigente como quiera que como pareja nunca tramitaron divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

Expuso que con el causante procrearon dentro del vínculo matrimonial a sus hijos JAIME FELIPE SILVA RAMÍREZ, MARÍA CRISTINA SILVA RAMÍREZ, GLORIA AMPARO SILVA RAMÍREZ y MARTHA LILIANA SILVA RAMÍREZ, quienes en la actualidad son mayores de edad. Asimismo, indicó que el causante procreó un hijo por fuera del matrimonio de nombre FELIPE SILVA GÓMEZ, quien es también mayor de edad.

Que el fallecimiento del causante sucedió el 18 de marzo de 2016, calenda para la cual seguía siendo cónyuge del fallecido, argumentando además que la encartada le negó el derecho pensional con el argumento que para la fecha en que falleció el señor LUIS FELIPE SILVA BARRETO (q.e.p.d.), no cumplía con los requisitos de ley para percibir la pensión por cuanto se había liquidado la sociedad conyugal y se habían separado de cuerpos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Refirió que la demandante no ostenta los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en la medida que mediante Escritura Pública



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AB 10140949 del 16 de octubre de 1987 de la Notaría Trece del Círculo de Bogotá suscrita con el causante, liquidaron la sociedad conyugal.

Que por tal razón, el causante LUIS FELIPE SILVA BARRERA (q.e.p.d.) contrajo matrimonio civil con la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS el 16 de febrero de 1989, por lo que si bien no se adelantaron trámites para la disolución del matrimonio católico, sí cesaron sus efectos civiles, se realizó liquidación de la sociedad conyugal ante Notaría y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decretó la separación de cuerpos, de ahí que la demandante no goce con los requisitos consagrados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Luego de integrado como litis consorte necesario a FELIPE SILVA GÓMEZ, el mismo contestó demanda manifestando que la demandante FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA no compartió techo, lecho y mesa con el causante hasta el 6 de septiembre de 1989, en tanto, mediante proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de septiembre de 1988 se decretó la separación de cuerpos de la pareja, por lo que, desde ese momento sus vidas se separaron completamente, tanto así que el fallecido contrajo segundas nupcias en Venezuela con la señora DORA GÓMEZ, última quien es su madre.

Propuso las excepciones de carencia del derecho reclamado en su totalidad por la demandante por falta de requisito legal y prescripción.

Durante el trámite procesal, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído del 11 de enero de 2018 decretó la acumulación de procesos en los términos de los artículos 148 y 149 del C.P.T. y de la S.S. (Fls. 115 a 117), aplicables por remisión analógica al procedimiento laboral, por lo que dispuso conocer del trámite que viniera adelantando la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, en calidad de demandante dentro del proceso ordinario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laboral con radicación No. 1100131050 09 2017 00090 00 ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

En dicho plenario la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejara causada el fallecido señor LUIS FELIPA SILVA BARRERO, a partir de la fecha de su deceso, más lo que se pruebe en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Para lo pertinente, indicó que contrajo matrimonio con el causante el 16 de febrero de 1989, y que de dicha unión nació el joven FELIPE SILVA GÓMEZ. Que la demandada le reconoció al causante pensión de vejez el 1º de junio de 1971, así como que ella por cuestiones económicas y de común acuerdo, viajó a Estados Unidos, por lo que ante el trámite de residencia en ese país le fue imposible regresar a Colombia, sin que el fallecido en esa época pudiese viajar a acompañarla en tanto ya contaba con 70 años de edad.

Que convivió conjuntamente con el causante por más de 12 años, a pesar de la separación de cuerpos no hubo ruptura del lazo afectivo como pareja, existía comunicación constante y ayuda económica de ella para con el fallecido señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO, adicional a que el matrimonio nunca se disolvió.

Por último, manifestó que el señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO falleció el 18 de marzo de 2016, solicitando la pensión de sobrevivientes ante la encartada quien la negó.

En ese proceso, la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Para ello, manifestó que de acuerdo con las declaraciones extra juicio presentadas por la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, así como la comunicación del señor LUIS FELIPE SILVA BARRERA, a partir del año 2000 dejaron de cohabitar como pareja sin que pueda predicarse que a la fecha de muerte compartieran lecho, techo y mesa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de junio de 2021 condenó a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ en un 74.87% de la mesada pensional que venía percibiendo el señor LUIS FELIPE SILVA BARRETO (q.e.p.d.), y a la señora DORA INÉS GÓMEZ en un 25.13%, prestación que reconoció a partir del 18 de marzo de 2016, valores respecto de los cuales debe hacerse los reajustes legales correspondientes.

Asimismo, autorizó a la encartada a realizar los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud sobre las sumas imputadas para pago, absolviéndola del restante de pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que la norma aplicable para el estudio deprecado dentro del presente asunto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que el fallecimiento del señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO ocurrió el 18 de marzo de 2016 como da cuenta el Registro Civil de Defunción.

Adicionalmente, expuso que frente al tiempo de convivencia que refiere el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige a la compañera permanente la acreditación de la misma mínimo cinco años anteriores al fallecimiento del causante y, en tratándose de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, dicha convivencia de los cinco años puede ser acreditada en cualquier tiempo sin que se requiera la demostración de lazos afectivos, la comunicación solidaria y lazos familiares al momento del deceso del causante, como así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por tal razón, una vez analizado en su conjunto el caudal probatorio arrojado al plenario, concluyó que no existe discusión en que el señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC en cuantía de \$11.418 a partir del 1º de julio de 1971 como da cuenta la resolución emitida por la encartada.

Precisó que en lo que respecta a la liquidación de la sociedad conyugal frente a la pensión de sobrevivientes, la Corte Suprema de Justicia ha declarado que para acceder a este derecho pensional, el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos para acceder a la pensión de sobrevivencia es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, por lo que otras figuras del derecho de familia tales como la separación de los bienes o la disolución o liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes para la adquisición del derecho.

Es por ello, que se encontró plenamente acreditado que la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA contrajo matrimonio por el rito católico con el señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO el 1º de julio de 1953 como se observa del Registro Civil de Matrimonio, el cual, además contiene una anotación que en sentencia judicial de 1998 se decretó la separación indefinida de cuerpos de la pareja, adicional al hecho que mediante Escritura Pública de 1987 se realizó una separación de bienes, de ahí que concluyera que el vínculo matrimonial se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, toda vez que no existe documento que acredite alguna cesación de los efectos civiles del matrimonio católico.

En lo que respecta a la convivencia, la *a-quo* consideró que con las declaraciones extra proceso rendidas por las señoras GRACIELA INMMACULADA y MARIELA GIRALDO LÓPEZ, así como los testimonios surtidos en este pleito de LUZ MARINA AMAYA CHITIVA y CARMEN LILIA CARRANZA CAMPOS, se pudo determinar que la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA y el fallecido señor LUIS FELIPE SILVA BARRETO tuvieron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

una convivencia desde que contrajeron nupcias, esto es, desde el 1º de julio de 1956 hasta octubre de 1987 cuando se separaron, aunado a que, para el momento del fallecimiento del causante el vínculo matrimonial se encontraba vigente; circunstancia por la cual, al lograrse demostrar la convivencia de la pareja por un periodo superior a cinco años en cualquier época, le asiste el derecho a la pensión deprecada.

Por otra parte, argumentó que con ocasión a la pensión perseguida por la ñora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, yace prueba del Registro Civil de Matrimonio del 16 de febrero de 1989, que da cuenta que contrajo nupcias con el causante en Táchira – Venezuela sin que se advierta que el mismo se haya protocolizado en Colombia; sin embargo, en la demanda ni la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ SILVA ni la encartada al contestarla se opusieron a la validez de dicho vínculo matrimonial, dejando asentado que si bien en el interrogatorio de parte rendido por la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS aceptó que contrajo matrimonio en los Estados Unidos con otra persona, no le corresponde al Juez Laboral entrar a verificar la validez o existencia del último matrimonio, toda vez que este tópico es competencia de la Jurisdicción Civil como así lo ha asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que por tal razón, es por lo que el Registro Civil de Matrimonio celebrado entre la señora DORA INÉS y el causante no contiene ninguna anotación en lo que a su culminación concierne. Bajo este escenario, la falladora de instancia analizó la convivencia como pareja de cinco años en cualquier tiempo, concluyendo que la misma si se acreditó pues así quedó demostrado de las declaraciones extraproceso rendidas por MARÍA ISABEL MORENO RINCÓN, PATRICIA PEÑA SUÁREZ, PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES y demás testimoniales recaudadas en el juicio, convivencia que abarcó por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1989 y el año 2000, ya que con posterioridad y ante la distancia de la pareja, la misma no se pudo entender ininterrumpida.

Seguidamente, asentó que la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA convivió con el causante treinta y cuatro años y cuatro meses, mientras que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS demostró una convivencia de once años, seis meses y siete días.

Igualmente, argumentó que no había lugar al pago de intereses moratorios como quiera que la razón por la que la encartada no reconoció la prestación, obedeció a la controversia que surgió entre ambas demandantes

Por último, adujo que no operó el fenómeno prescriptivo toda vez que, el causante falleció el 8 de marzo de 2016, interponiéndose la demanda el 26 de julio de 2016, de ahí que no haya operado fenómeno prescriptivo alguno respecto de las mesadas pensionales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA la apeló. Indicó que a la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS no le asiste el derecho a la pensión, por cuanto, entre esta última y el fallecido señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO no existió una convivencia permanente y singular donde se haya compartido techo, lecho y mesa, por lo que el distanciamiento de la señora DORA INÉS con el causante no se encuentra justificado, máxime si se tiene en cuenta que el fallecido era un piloto pensionado, quien tenía la posibilidad de viajar de manera permanente a los Estados Unidos y por ende, visitar a la demandante.

Que de otro lado, goza de poca credibilidad la declaración del señor PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES respecto de los conocimientos de la relación de con el causante, ya que fue evasivo e impreciso en sus dichos, máxime si no especificó el extremo de la convivencia declarada por la falladora de instancia.

Expuso que la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tratado el tema de que si bien la especialidad no es competente para decidir situaciones derivadas de la especialidad civil, tal situación ocurre cuando se presenta una discusión legal de un matrimonio sobre sus efectos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

futuros, siendo trascendental dentro del presente asunto auscultar si el matrimonio de la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS con el causante tuvo efectos jurídicos, máxime si se tiene en cuenta que el mismo no se registró en Colombia, situación importantísima pues bajo tal premisa, en tanto no se acreditó una convivencia dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso del señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO.

La señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS por su parte manifestó en su alzada que, encuentra conformidad con la compartibilidad del derecho decidido por la falladora de instancia; sin embargo, aduce encontrar inconformidad en cuanto al porcentaje reconocido para ambas, en el entendido que su matrimonio con el señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO duró veintisiete años y, como quedó demostrado, el distanciamiento que ocurrió al trasladarse hacia los Estados Unidos sucedió por situaciones de índole económico y personal, lo que no es óbice para que no se entienda la existencia de una convivencia permanente e ininterrumpida.

Lo anterior, debido a que fue ella quien empezó a sostener el hogar que se componía por el causante y su hijo, de ahí que en el exterior hubiese tenido que conseguir hasta dos o tres trabajos en el día, lo que implicó a su vez que se quedara en ese país luchando por sus sueños y llevar a su hijo al señor LUIS FELIPE, situación que no se pudo finalizar ya que el fallecido tuvo un quebranto de salud al serle detectado un cáncer, a tal punto que el médico tratante le dijo que no podía viajar más debido a su condición médica, aspectos todos que conllevan a que la pensión deba otorgarse de manera proporcional.

La CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC resaltó en la apelación que la intención del pensionado cuando realizó la correspondiente separación y liquidación de la sociedad conyugal con la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA, fue la de no continuar con la vocación de familia.

Que debe tenerse en cuenta que dentro del presente asunto no se constituyó la existencia de dos cónyuges, pues no se le puede asignar validez al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

matrimonio que el causante realizó con la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS en Venezuela, por cuanto atendiendo la jurisprudencia, debe hacerse una interpretación de los efectos civiles del matrimonio, ya que el mismo no pudo registrarse en Colombia ya sea por la voluntad de las partes, o porque no existió un divorcio frente a la primera cónyuge, de lo que se puede concluir que la *a-quo* hizo una interpretación errónea de las dos beneficiarias de la prestación.

Y es precisamente allí que la Juez si bien no valida la celebración del matrimonio en Venezuela, si le da los efectos para otorgarle a la señora DORA INÉS un porcentaje de la pensión de sobrevivientes, lo que significa que el escenario del derecho debería analizarse bajo la égida de compañera permanente, lo que a su vez conlleva a que debiera acreditar los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, aspecto que no quedó probado dentro del plenario.

Es por ello que la sentencia debe ser revocada en su integridad, más aún si la intención del fallecido siempre fue dejar la pensión a su hijo menor FELIPE SILVA, mayor de 25 años en la actualidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si les asiste el derecho a las aquí demandantes al reconocimiento y pago de la sustitución pensional causada por el fallecido señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De prosperar lo anterior, como segundo problema jurídico se determinará los porcentajes en que les asiste derecho para acceder a la prestación por ambas perseguida, dado que en primera instancia las demandantes fueron catalogadas civilmente como cónyuges del fallecido señor LUIS FELIPA SILVA BARRERO.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver el problema jurídico principal planteado por esta Corporación, debe advertirse en primer lugar que no fue objeto de reproche que al señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO (q.e.p.d.), le fue reconocida por parte de la demandada CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC pensión de jubilación mediante la Resolución PVJ-No. 024/71 del 24 de junio de 1971 a partir del 1º de junio de 1971 en cuantía inicial de \$11.148, como da cuenta el referido acto administrativo allegado por la encartada de manera digital.

Tampoco el hecho que el señor LUIS FELIPE SILVA falleció el 18 de marzo de 2016, según se desprende de la copia del respectivo Registro Civil de Defunción obrante a folios 11 y 20 de los procesos acumulados.

Así las cosas, dado que el deceso del causante sucedió el 18 de marzo de 2016 como se constata con la copia del Registro Civil de Defunción, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituye en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730-2020, Radicación 77327 del 3 de junio de 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cabe precisar que desde la sentencia SL-41637 del 2012, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentó la postura atinente a que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bastándole con acreditar los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, misma que se ha mantenido de forma pacífica a la fecha, por lo menos para el caso de los pensionados, la que ha sido reiterada recientemente entre otras, en sentencia SL2015-2021 con Radicación No. 81113 de 28 de abril de 2021, en donde después de analizar la intelección que se le deba dar al inciso 3º del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, precisó:

“Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). (...).

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

“Justamente, esa es la teleología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.”

De cara a lo indicado se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial vigente, la cónyuge con vínculo marital vigente y separada de hecho con el pensionado,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el requisito de convivencia de cinco (5) años puede acreditarse en cualquier tiempo, independientemente que exista una compañera permanente que persiga dicho derecho; circunstancia por la cual, claro resulta para la Sala que el requisito de los cinco (5) años anteriores al deceso del pensionado aplica rigurosa para aquella persona que persiga la prestación en calidad de compañera (o) permanente.

Al unísono, en tratándose de FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA y DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, frente a la primera referida se tiene que contrajo matrimonio católico con el causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO el 1º de julio de 1953 como se advierte del Registro Civil de Matrimonio (Fl. 21), mismo que contiene la anotación de *“MEDIANTE SENTENCIA DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 1998 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SE DECRETÓ LA SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS DE LOS ESPOSOS A LOS QUE SE REFIERE ESTA ACTA SEGÚN OFICIO No. 0924 DE FECHA 19 DE ABRIL DE 1989 DE DICHO TRIBUNAL SANTAFÉ DE BOGOTÁ JULIO 9 DE 1988”*. Adicionalmente, se aprecia que mediante Escritura Pública No. 3154 del 17 de octubre de 1987 (Fls. 55 a 68), la pareja realizó separación de bienes, de ahí como lo precisó la falladora de instancia, dichas situaciones permiten concluir que el vínculo matrimonial de la pareja se encontraba vigente para la fecha de deceso del causante en el entendido que no existe cesación de efectos civiles de ese vínculo matrimonial.

Además de lo anterior, yacen dentro del plenario declaraciones extraproceso de GRACIELA INMACULADA JINETE DE GONZÁLEZ y MARIELA GIRALDO DE LÓPEZ rendidas el 6 y 7 de abril de 2021 (Fls. 18 a 20), quienes manifestaron que conocieron al fallecido desde hace 54 y 64 años respectivamente, así como que dan fe que este compartió con la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida desde la fecha del matrimonio hasta el mes de abril de 1989, vínculo del que se procrearon cuatro hijos.

Por otra parte, en lo que respecta a la demandante señora DORA INÉS GÓMEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PALACIOS, dentro del proceso acumulado con radicación 09-2017-00090-00, obra a folios 14 a 15 Registro Civil de Matrimonio celebrado entre esta y el causante el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de Pedro María Oreña del Estado de Táchira en Venezuela, documento que del que no se advierte una protocolización en Colombia.

De otra parte, a folios 25 a 27 reposan dos declaraciones extraproceso rendidas por PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES y RUTH PATRICIA PEÑA SUÁREZ donde en términos generales se manifestó que el causante y la señora DORA INÉS GÓMEZ SILVA convivió de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa desde el año de 1989 hasta el año 2000 por cuanto la pareja se casó, así como que de dicha unión procrearon un hijo de nombre FELIPE SILVA GÓMEZ. Además en las declaraciones se precisó que si bien la señora DORA GÓMEZ se radicó en Estados Unidos, la pareja nunca perdió comunicación, máxime si dicho traslado ocurrió por motivos económicos.

Asimismo, se deja de presente que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada LUIS FERNANDO MORENO, quien indicó que dentro de la carpeta del pensionado no existe algún documento que acredite la terminación del matrimonio con la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, así como que la intención del causante fue dejar su derecho pensional a su hijo.

FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA expuso en su interrogatorio de parte que es viuda y que en la actualidad es ama de casa. Que el causante inició un proceso de liquidación de la sociedad conyugal que como pareja tenían, y más adelante la separación de cuerpos, conservando los efectos civiles del matrimonio.

Que la separación se dio con el causante en el mes de octubre de 1987, y desde esa fecha de separación hasta el día en que el causante falleció existía una comunicación esporádica por los hijos que tenían en común. Que escuchó que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el causante se casó con la señora DORA INÉS, pero fue un matrimonio que no se registró, supo que la pareja tuvo un niño, que el matrimonio no le funcionó muy bien al fallecido y la señora DORA INÉS viajó a Estados Unidos.

Que tiene conocimiento que el causante no se quedó a vivir en Estados Unidos, pues de haberlo hecho hubiese ido a visitar a una de sus hijas.

La testigo LUZ MARINA AMAYA CHITIVA manifestó que es casada y es Economista, siendo pensionada en la actualidad. Que es amiga de la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA, de sus hijos y del fallecido LUIS FELIPE SILVA BARRERO, sin que conozca a la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS.

Que conoció al fallecido LUIS FELIPE SILVA BARRERO cuando asistía a las reuniones familiares, precisando que conoció a FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA desde 1975 porque MARTHA LILIANA, hija de la pareja empezó a estudiar Economía en la Universidad Jorge Tadeo Lozano y por eso se hicieron amigas, y fue a raíz de esa amistad que conoció a la pareja, tanto así, que después que se separaron seguía viendo al causante y a la señora FLORA ESTHER.

Expuso que la pareja siempre convivió y en todo momento se les vio como pareja en reuniones, fiestas, en los matrimonios de sus hijos, entre otros. Precisó que los hijos de la pareja son MARTHA LILIANA, GLORIA AMPARO, ANDRÉS FELIPE y CRISTINA. Que la pareja se separó aproximadamente desde 1986 o 1987, y tiene clara esa fecha porque MARTHA LILIANA se casó en 1985 y aún la pareja vivía, así como que su hija menor nació en el mes de diciembre de 1987, calenda para la cual la pareja ya no convivía. Que la pareja vivía en la calle 125 con carrera 9ª en una casa ubicada en una calle cerrada, que constaba de garaje, sala y comedor amplia, otra sala y un estar, estudio, jardín, cocina amplia con cuarto de servicio, cuatro alcobas en el segundo piso y una escalera amplia, entre otra infraestructura.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el causante era piloto de Avianca y de otras aerolíneas, así como que el velorio del señor LUIS FELIPE SIVA BARRETO se surtió en la Iglesia San Ambrosio. Que luego que la pareja se separó continuó en contacto como lo era en las primeras comuniones de los nietos, los bautizos, por lo que nunca existió un distanciamiento total, aunado a que la señora FLORA ESTHER después de la separación con el causante no tuvo vida sentimental con otra persona, mientras que el causante tuvo una relación con una persona con quien procreó un hijo.

Que el deceso del causante fue aproximadamente hace tres años para una semana santa y en el entierro estuvieron sus hijos, sin que ninguna mujer se hubiese identificado en el sepelio como esposa del fallecido. Que tiene entendido que el causante fue piloto de Avianca, sin que este se hubiese ido de Colombia pues, reiterando que el causante y la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA compartían lecho, techo y mesa. No tiene conocimiento si el causante convivió con la mamá del hijo de nombre FELIPE.

La testigo CARMEN LILIA CARRANZA CAMPOS expuso que es enfermera y en la actualidad se encuentra pensionada. Que conoce a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA desde el año 1970 porque es la tía de su ex cónyuge, sin que conozca a la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS.

Que para la época en que conoció a la señora FLORA ESTHER el núcleo familiar de esta última estaba compuesto por ella y su esposo LUIS FELIPE SIVA BARRETO, quienes tenían como hijos a GLORIA AMPARO, LILIANA, CRISTINA y JAIME FELIPE, y fue con el tiempo que la pareja se separó, más exactamente en el año de 1987, recordando esa fecha porque hubo una connotación especial dentro de su familia. Que mientras que la pareja no se separó siempre los vio juntos, convivían en su casa con sus cuatro hijos, y se les veía en fiestas, reuniones, paseos, entre otras actividades.

No le consta si después de que la pareja se separó el causante hubiese tenido otro hogar, sin que nunca le hubiese conocido otro hijo al fallecido a parte de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los cuatro del matrimonio con la señora FLORA ESTHER. Indicó que la señora FLORA ESTHER después de separarse con el causante no formó otro hogar. Que asistió al sepelio del acompañando a la señora FLORA ESTHER y con los hijos, sin tener clara la fecha del deceso.

Que visitó la casa de habitación pues por lo general iba todos los domingos a almorzar en compañía de su esposo, precisando que la profesión del fallecido era Piloto de Avianca, y su ausencia del hogar se circunscribía al tiempo que duraran sus viajes. Que la señora FLORA ESTHER siempre fue ama de casa, así como que la casa de la pareja quedaba en la 127 con 9ª y constaba de dos pisos.

Que nunca le conoció una mujer diferente al causante a parte de la señora FLORA ESTHER y como pareja eran aceptados por todos los grupos sociales conocidos, sin que desde 1970 hasta 1985 la pareja hubiese tenido alguna separación. Fue enfática en resaltar que el causante nunca vivió fuera de Colombia.

DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS indicó en el interrogatorio de parte rendido que es Diseñadora de Modas y se encuentra radicada en Estados Unidos, siendo en la actualidad Supervisora de Belleza. Indicó que conoció al causante en 1985 porque él iba una vez por semana a embolar sus zapatos en la 19 con décima, y ella laboraba al frente de ese sitio.

Que a la edad en que conoció al causante este tenía 56 años y ella 16 años, se casaron el 16 de febrero de 1989 en San Antonio de Táchira en Venezuela, sin que nunca se hubiera divorciado con el señor LUIS FELIPE. Que el viaje a Estados Unidos sucedió por cuanto la situación económica con el causante estaba muy complicada, y en inicio había viajado con el causante pero este después de tres meses presentó quebrantos en su salud y tuvo que devolverse para Colombia.

Que lleva años veinte años viviendo en la Florida y contrajo matrimonio con el señor GARY en Estados Unidos, situación que llevó a cabo para iniciar los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trámites de nacionalidad en ese país, aunado a que el señor GARY es homosexual, era su compañero de apartamento y en la actualidad tiene una pareja amorosa, por lo que vivió poco tiempo con él. Que de ese matrimonio tenía conocimiento el causante.

Que ella colaboraba con el sostenimiento del hogar, como quiera que mandaba dinero semanalmente a Colombia con destino al causante y a su hijo. Manifestó que no recuerda si su matrimonio con el causante fue registrado y que la fecha exacta en que viajó a Estados Unidos fue en el mes de agosto de 2000, y regresó a Colombia dos veces para el año 2001. Por último, expuso que no pudo asistir al entierro del fallecido porque si salía de Estados Unidos no podría ingresar nuevamente.

El testigo PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES manifestó que es Piloto, Administrador de Empresas y Ganadero actualmente. Expresó que conoció al causante porque era el mejor amigo de su padre desde que entraron a Avianca que lo fue aproximadamente desde el año de 1955, tanto así que él como testigo hasta el último día del fallecimiento del señor LUIS FELIPE tuvo un trato permanente y constante con este.

Que el causante estuvo casado con la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA con quien tuvo cuatro hijos y se separaron, luego el causante se casó por segunda vez y tuvo un hijo de nombre LUIS FELIPE SILVA. Recuerda que la separación del causante y la señora FLORA ESTHER ocurrió en los años ochenta y posteriormente se casó, pero sin recordar la fecha de este último matrimonio.

Que el causante y la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS en varias oportunidades estuvieron en la finca de su padre, viajaron al Ecuador. Que el causante quería que su hijo estudiara aviación en los Estados Unidos, por lo que inicialmente viajaron a ese país, pero en razón a que el causante estaba enfermo este tuvo que regresarse a Colombia. Expuso que el señor LUIS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

FELIPE en muchas ocasiones tuvo percances económicos, siendo la señora DORA INÉS quien le colaborara en ese aspecto.

Que la señora DORA INÉS se quedó en Estados Unidos por la búsqueda de un mejor porvenir del hijo, pero a pesar de ello viajaba en virtud de la relación que tenía con el fallecido, sin que a parte del fallecido hubiese tenido otra relación sentimental.

Que el causante y la demandante vivieron como pareja en el Barrio Alambra de esta Ciudad, teniendo conocimiento de ello porque eran vecinos a tres edificios, de ahí que él como testigo tenía trato con el causante aproximadamente cada dos o tres días. No recuerda si durante los últimos diez años de vida anteriores al deceso del causante la señora DORA INÉS hubiese tenido ausencias prolongadas en Estados Unidos.

Que el causante tenía cáncer de próstata, tuvo problemas con las rodillas, sufría de tensión, siendo la enfermedad más gravosa la del cáncer de próstata. Que el causante lamentablemente siempre tuvo inconvenientes económicos ya que su pensión no era buena, adicional a que tenía inconvenientes con sus otros hijos. Indicó que la señora FLORA ESTHER nunca apoyó económicamente al causante pues no podía contar con ella.

Que la señora DORA INÉS se encuentra en Estados Unidos porque se fue a buscar un mejor porvenir ya que en este país es más difícil de hacerlo. Que tiene conocimiento que al causante antes de fallecer le fue reliquidada su mesada pensional. No sabe si la señora DORA INÉS se casó en Estados Unidos.

Que el hijo menor del causante trabaja con automóviles. Que en el entierro del causante no recuerda si la señora DORA INÉS GOMEZ PALACIOS estaba presente.

Que no estuvo en el matrimonio del causante con la señora DORA INÉS y no recuerda donde se llevó a cabo el mismo. Que si bien la señora DORA INÉS se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encontraba en Estados Unidos, ella venía a donde el causante aproximadamente cada dos o tres meses.

El testigo FELIPE SILVA GÓMEZ manifestó que es Administrador de Empresas y en la actualidad es Comerciante, e hijo del causante y de la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS. Que su padre, madre y él como testigo residían en familia en el Barrio la Alambra de esta Ciudad, inicialmente hasta el año 2000, luego viajó con el fallecido y la señora DORA INÉS a los Estados Unidos a la Ciudad de Miami en un apartamento del fallecido capitán PEDRO MURIEL.

Que vivieron en Estados Unidos unos cuantos meses con la idea de radicarse, pero por cuestiones de quebrantos de salud de su padre, se devolvió con él para Colombia ya que su padre tenía su seguro médico en Bogotá. Que luego de que regresaron a Colombia nuevamente fueron a Estados Unidos una vez, pero no pudieron seguir yendo por cuanto su padre sufrió un cáncer de próstata en el año 2001, en el año 2006 tuvo cáncer de colon, múltiples cánceres de piel, sufrió de la tensión, y tuvo problemas en una rodilla y en un hombro.

Que por cuestiones económicas su madre señora DORA INÉS se quedó en Estados Unidos. Que su madre fue en el año 2001 a Colombia, duró unos meses y se fue nuevamente a Estados Unidos a seguir trabajando, y desde allí enviaba dinero a Bogotá para el sustento de los gastos. Que su padre a parte de su madre DORA INÉS no tuvo relación sentimental alguna con otra persona.

Que su madre nunca contrajo matrimonio en Estados Unidos. Que sus padres se casaron en el año de 1989 en Venezuela, sin tener conocimiento que dicho matrimonio se hubiese registrado en alguna Notaría en Colombia.

Que desde el año 2000 su madre vino dos veces a Colombia en el año 2001 y luego no regresó. Que la colaboración económica que hacía su madre era la mayoría de veces de manera semanal o eventualmente quincenal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que su padre falleció el 18 de marzo de 2016, y seis meses antes tuvo un reajuste de pensión a través de un proceso judicial en contra de CAXDAC, y fue por eso que habían acordado con su madre que ésta se devolvería a Colombia por cuanto ya se empezaría a mejorar la situación económica que se encontraban atravesando y que obligó a su madre quedarse en Estados Unidos.

Que estuvo en el sepelio de su padre y algunos familiares de su madre. Que en la funeraria vio a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA y a sus medio hermanos, así como su madre no vino al sepelio. Que la relación de sus padres cuando su madre se fue a Estados Unidos era de un trato constante, pues habían llamadas diarias de hasta dos o tres veces al día, y cuando empezó a implementarse la tecnología de videollamada, se comunicaban por ese medio, y posteriormente por WhatsApp, tan es así que la última persona con la que habló su padre antes de fallecer fue con su mamá.

Que cuando su padre sufrió del cáncer de próstata su medio hermana MARTHA LILIANA estuvo presente e incluso se quedó en el apartamento ayudándole a cuidar a su padre, en el cáncer de colon todos iban a visitarlo a la clínica y en cuanto a lo económico fue su medio hermana MARTHA LILIANA quien en ocasiones le colaboró a su padre. Que a parte de su madre DORA INÉS, quien le ayudaba económicamente al causante era su amigo PEDRO.

Que el señor GARY era un compañero de apartamento que vivió con su madre en Estados Unidos sin que tenga conocimiento que se hayan casado. Que el último domicilio que tuvieron sus padres en Colombia fue en el Barrio Alambra de esta Ciudad, reiterando que la convivencia de sus padres en Colombia fue hasta el año 2000 cuando su madre viajó a Estados Unidos. Que su madre no pudo venir al entierro del causante.

Adujo que la pensión de su padre seis meses antes de fallecer era de \$2.5000.000, y luego de un proceso judicial su mesada pensional ascendió a la suma de \$9.000.000 aproximadamente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La testigo MARÍA ISABEL MORENO RINCÓN expuso que no conoce a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA, y conoce a la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS desde cuando su hijo tenía cinco años, puntualizando que laboró con la referida señora en el año 2000.

Que distinguió al causante y a la señora DORA INÉS porque ella inicialmente trabajaba con una familia en la misma torre de apartamentos donde vivía la pareja. Que incluso en la actualidad labora al servicio del hijo. Que no recuerda la fecha, pero tiene conocimiento que la pareja se fue para Estados Unidos cuando el hijo tenía alrededor de seis años.

Que luego el causante se regresó a Colombia y la señora DORA INÉS se quedó en Estados Unidos. No sabe si la señora regresó a Colombia y tampoco tiene conocimiento si a parte del causante hubiese tenido otra relación sentimental.

Que vio que la señora DORA INÉS colaboraba económicamente al causante, y entre ella y su hijo era quienes socorrían al fallecido, destacando que la comunicación entre la pareja era muy continua. No recuerda la fecha en que la señora DORA INÉS se fue a vivir a Estados Unidos, y en algún momento vino a Colombia, pero no sabe cuánto tiempo permaneció. Que cuando iba a hacer aseo al apartamento al único que veía al hijo.

En este orden de ideas, puede la Sala en principio concluir que con relación a la señora FLORA ESTHE RAMÍREZ DE SILVA, a la fecha del deceso del causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO, además de haber existido una separación de cuerpos y liquidación de la sociedad conyugal, en ningún momento se configuró una cesación de los efectos civiles del matrimonio; circunstancia por la cual, su derecho pensional debe estudiarse como cónyuge supérstite del pensionado, dejándose de presente que para la fecha del deceso del causante la actora contaba con 83 de años de edad pues nació el 10 de mayo de 1932 como se aprecia de su cédula de ciudadanía (Fl. 29).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo este sentir, de la valoración de la prueba en los términos del artículo 61 del C.P.T., puede colegirse que logró acreditar una convivencia permanente e ininterrumpida con el causante desde el 1º de julio de 1953, fecha en que contrajo matrimonio, hasta el mes de octubre de 1987, pues así fue confesado por la misma demandante, aunado al hecho que de las declaraciones rendidas por las señoras LUZ MARINA AMAYA CHITIVA y CARMEN LILIA CARRANZA CAMPOS, las mismas fueron espontáneas en sus dichos en resaltar que conocieron a la pareja desde el año de 1975 y 1970 respectivamente, siendo concordantes en precisar que en efecto la pareja se separó para el año de 1987; pero que a pesar de ello, el causante y la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA en todo momento permanecieron juntos, comportándose como un verdadero vínculo matrimonial revestido de techo, lecho y mesa, incluso asistían a reuniones familiares durante dicho interregno donde siempre se les vio como verdaderos esposos, así como que de dicha unión se procrearon cuatro hijos.

Es por ello que a la mentada prueba testimonial se le asigna plena credibilidad, más aún, si guardan repleta congruencia con las declaraciones extraproceso rendidas por las señoras GRACIELA INMACULADA JINETE DE GONZÁLEZ y MARIELA GIRALDO DE LÓPEZ rendidas el 6 y 7 de abril de 2021 (Fls. 18 a 20), las cuales expusieron la continuidad permanente del vínculo matrimonial, sumado al hecho que se encuentra soporte documental de que la convivencia de la pareja abarcó hasta el mes de octubre de 1987, pues así se acredita de la Escritura Pública No. 3154 del 17 de octubre de 1987 (Fls. 55 a 68), la cual evidencia que el causante y la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA realizaron separación de bienes para esa data, aspectos todos que conducen a determinar sin dubitación alguna que la actora acreditó el requisito de la convivencia con el fallecido de cinco (5) años en cualquier tiempo, lo que da lugar al reconocimiento del derecho pensional, por lo que la sentencia de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

Ahora bien, en lo que atañe a la sustitución pensional deprecada por la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, este Colegiado debe resaltar nuevamente que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la misma contrajo matrimonio con el causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de Pedro María Oreña del Estado de Táchira en Venezuela, documento que del que no se advierte una protocolización en Colombia.

En este punto, contrario a lo decidido por la falladora de instancia, la situación del estado civil de los nacionales, como es el caso del matrimonio en el exterior, resulta ser un aspecto inalienable de las personas a la luz del Código Civil, en tanto, es precisamente de esa situación que se determinan los derechos y obligaciones de cada individuo.

Para mayor proveer, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 25286-3184-001-2007-00152-01 del 29 de julio de 2011, en lo que atañe a la celebración de matrimonios de colombianos en el extranjero, efectuó un análisis de la imposición de ratificación que debe realizarse en este país, al respecto consagró.

4. Ahora bien, cuando el matrimonio es celebrado por colombianos en el exterior, es posible que surta en Colombia sus efectos, siempre que se cumpla la exigencia prevista en el artículo 67 del Decreto 1260 de 1970, según el cual “los matrimonios celebrados en el extranjero, entre dos colombianos por nacimiento, entre un colombiano por adopción y un extranjero, entre dos colombianos por adopción, o entre un colombiano por nacimiento y uno por adopción, se inscribirán en la primera oficina encargada del registro del estado en la capital de la República”.

Entonces, por cuestiones de reciprocidad entre los Estados, en clara muestra de respeto por las legislaciones foráneas -en tanto no riñan con las disposiciones de orden público nacional- y reconociendo el principio universal de la libertad, es posible que un matrimonio celebrado entre colombianos en el extranjero, de acuerdo con los requisitos y las formalidades allá previstas (lex loci contractus), surta efectos en este país, bajo los criterios que se exponen a continuación.

4.1. En primera medida, el matrimonio celebrado en el extranjero puede modificar el estado civil de un colombiano, siempre que en su celebración se hayan atendido las normas patrias que regulan la materia.

No se olvide que el artículo 19 del Código Civil precisa que “los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán



sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión”.

De allí se sigue que por efectos del denominado “estatuto personal”, se entiende que todas las normas de orden público que conciernen al estado civil, siguen al colombiano aún en el extranjero y que, por lo mismo, cualquier alteración que sobre su situación jurídica se produzca, debe estar acorde con las regulaciones internas, porque de lo contrario, no podría tener efectos en Colombia. Como se explicara en oportunidad anterior, “el artículo 19 del Código Civil consagra una excepción al principio de la «territorialidad de la ley»... por cuanto acoge el denominado “estatuto personal”, según el cual la ley nacional sigue a la persona doquiera ésta se encuentre -sicut umbra corpore-” (Sent. de Exequátur de 3 de agosto de 1995, Exp. No. 4725).

Se trata, pues, de un mecanismo que permite que un acto celebrado en el exterior, idóneo para alterar el estado civil, valga en territorio patrio, pero a condición de que el colombiano actúe fuera del país como lo hubiere hecho aquí, esto es, respetando la ley patria que, bajo ese entendido, admite y acepta su cambio de situación frente a la familia y la sociedad.

4.2. *Del mismo modo, el matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja de colombianos, genera relaciones de familia susceptibles de protección interna, razón por la cual, en torno a esa específica materia, los nacionales están atados inexorablemente a la ley patria, cuando trasladan su domicilio o su residencia al país, e incluso cuando son apenas transeúntes.*

Aquí también cobra relevancia el estatuto personal, porque igualmente se ve comprometido el orden público. De ahí que el artículo 19 del Código Civil señale que, en todo caso, los colombianos están sujetos a las leyes nacionales “2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

Así, el Estado Colombiano no corre el riesgo de que los mecanismos que ha establecido para proteger la institución familiar, sean desconocidos por el sólo hecho de que el matrimonio se haya celebrado en el exterior; por el contrario, el legislador patrio reconoce los deberes y derechos que emanan de las relaciones de familia nacidas al amparo de la ley extranjera, pero para su protección en este país, forzosamente somete a los colombianos a la legislación interna, aunque, valga anotar, esa protección se restringe “al cónyuge y a los parientes”, quizá porque entiende que allí se hallan los lazos más sensibles de esa institución.



Por ende, como sucede en lo relativo al estado civil, también en esta materia tiene aplicación el estatuto personal y, en esa medida, se reconoce como fuente de las relaciones de familia el matrimonio celebrado por dos colombianos en el extranjero, siempre que sean respetadas las normas nacionales atinentes a la materia; verificado ello, se surtirán en Colombia los efectos que emanan de esas relaciones, pero siempre de acuerdo con la legislación nacional.

4.3. *En suma, en materia de estado civil, así como en lo atinente a los derechos y deberes propios de relaciones de familia, las consecuencias que han de aplicarse a los matrimonios celebrados entre colombianos y en el extranjero, son exclusivamente las que prevén las normas de este país, puesto que por cuestiones de soberanía y de orden público, en tan delicada materia no pueden coexistir las disposiciones patrias con las foráneas.*

(...)”

Así las cosas, resulta palmario que el matrimonio celebrado entre la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS y el causante en Venezuela, no puede entenderse como aquel contrato que haya producido efectos civiles en Colombia, como quiera que, para que proceda tal aspecto resulta imperiosamente necesario la protocolización por la autoridad competente de conformidad con lo establecido en el 67 del Decreto 1260 de 1970, pues precisamente ante dicha solemnidad, es que las situaciones civiles de los Colombianos desarrolladas en el extranjero pueden entenderse válidas en la legislación patria, aspecto que no se llevó a cabo dentro del presente asunto.

Si bien la *a-quo* al momento de analizar de fondo la convivencia de ambas demandantes en calidad de cónyuges del causante manifestó que ese estado civil no podía analizarse por el Juez del Trabajo a la luz de la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2656-2018, Radicación No. 55418 del 20 de junio de 2018, sino por la especialidad Civil, este Tribunal de cara a su argumento no encuentra asidero para la confirmación de este aspecto decisional, por cuanto, no puede desconocerse principios mínimos del derecho civil de las personas, que para el presente asunto se convierte en un análisis trascendental para la sustitución pensional deprecada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, debe advertirse que si bien en la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral aludida por la falladora de instancia, en un principio el órgano de cierre auscultó la falta de competencia para decidir sobre la validez de matrimonios civiles o eclesiásticos ni para resolver la eficacia o ineficacia de divorcios concedidos por autoridades extranjeras, allí el especialísimo caso de la protocolización en Colombia del matrimonio extranjero no se abordó de fondo, más aún si fue clara la Corte en precisar que en ese asunto existía un protocolo legal y debidamente registrado ante Notaría en Colombia, lo cual dista de los supuestos fácticos del presente proceso.

Es por ello, que ante la falta de los requisitos de efectivizar en Colombia el matrimonio celebrado en Venezuela el 16 de febrero de 1989 entre el causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO y la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, no puede analizarse su sustitución pensional como cónyuge del causante, sino como compañera permanente, lo que a su vez conduce que el requisito de convivencia deba demostrarse en los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante.

Por tal razón, a juicio de la Sala no le asiste el reconocimiento pensional deprecado, toda vez que tan solo se logró acreditar de las declaraciones rendidas por PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES, FELIPE SILVA GÓMEZ (hijo de la pareja) y MARÍA ISABEL MORENO RINCÓN, e incluso del interrogatorio de parte surtido por la misma demandante, que esta permaneció en Colombia hasta el año 2000, anualidad para la cual viajó a los Estados Unidos, sin que esa connotación pueda entenderse como una convivencia permanente e ininterrumpida hasta el 18 de marzo de 2016, fecha de fallecimiento del causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO, ya que durante esos 16 años la actora regresó a Colombia solo dos veces entre los años 2000 y 2001 a encontrarse con el causante como así ella misma lo confesó.

Además, debe advertirse que los dichos por los tres testigos PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES, FELIPE SILVA GÓMEZ (hijo de la pareja) y MARÍA ISABEL MORENO RINCÓN no guardan plena congruencia con lo expuesto por la misma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DORA INÉS en su interrogatorio de parte. Nótese que el testigo PEDRO ANTONIO MURIEL MENESES indicó que luego de que la señora DORA viajó a los Estados Unidos, era constante su venida a Colombia a encontrarse con el fallecido, escenario que se cae de peso de la misma declaración de la señora DORA.

De otra parte, la declaración de la señora MARÍA ISABEL MORENO RINCÓN en nada demuestra una presunta convivencia entre la señora DORA INÉS y el causante después del año 2000, pues a parte de ser la empleada del apartamento donde en algún tiempo convivió la pareja, en todo momento de su declaración manifestó no recordar ninguna fecha respecto al modo, tiempo y lugar que se le preguntaba por la pareja.

Al unísono, la declaración de FELIPE SILVA GÓMEZ, hijo del causante y de la señora DORA INÉS, no enrostra plena credibilidad, como quiera que resulta ilógico que no haya tenido conocimiento que su madre estando en los Estados Unidos se hubiese casado con otra persona de nombre GARY, aspecto que por demás resulta trascendental para auscultar que con posterioridad al año 2000, no se configuró una convivencia de ayuda mutua no solo en lo económico, sino en el apoyo recíproco que como pareja debía mantenerse, máxime si se itera, que como la misma señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS lo confesó en el interrogatorio de parte practicado, se casó con otra persona ajena al causante, lo que conlleva que al no demostrarse una convivencia en los últimos cinco (5) años al deceso del causante en su calidad de compañera permanente, no tenga derecho a la sustitución pensional y en tal sentido, se revoque la decisión de primer grado por este aspecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción formulada por la encartada en los términos de los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T., la misma no operó en el caso de marras, puesto que el causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO falleció el 18 de marzo de 2016, presentándose la demanda por parte de la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA el 26 de julio de esa misma anualidad (Fl. 31), lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que da cuenta que no transcurrió el término trienal prescriptivo.

Por último, a pesar de que no fue apelada esta connotación, se deja de presente que al proceso fue llamado a juicio FELIPE SILVA GÓMEZ, hijo del causante, el cual, confrontada la copia de su Registro Civil de Nacimiento, se auscultó que el mismo nació el 3 de mayo de 1990, por lo que al haber fallecido el causante el 18 de marzo de 2016, claro es que no le asistía ningún derecho pensional en los términos de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se recoverará de manera parcial atendiendo las consideraciones expuestas en la motiva de esta decisión, lo que conlleva a su vez a que la sustitución pensional del causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO se reconozca a partir del 18 de marzo de 2016 y en un 100%, a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA, autorizándose a la demandada efectuar los respectivos descuentos en salud.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de absolver a la demandada CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC, del reconocimiento a la sustitución pensional deprecada por la señora DORA INÉS GÓMEZ PALACIOS, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora FLORA ESTHER RAMÍREZ DE SILVA en un 100% de la mesada pensional que venía percibiendo el causante señor LUIS FELIPE SILVA BARRERO (q.e.p.d.), a partir del 18 de marzo de 2016, prestación pensional a la que deberá efectuársele los reajustes legales correspondientes.

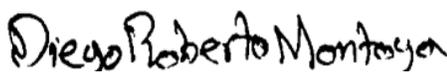
TERCERO: AUTORIZAR a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC realizar los respectivos descuentos en salud sobre la orden impartida en el numeral anterior.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

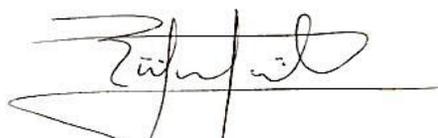
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2020 00196 01
Demandante: PRISCILA CRUZ TORRADO
Demandado: COLPENSIONES Y POVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora PRISCILA CRUZ TORRADO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente se declare que el traslado y la afiliación que efectuó al fondo de pensiones privado es ineficaz o nulo, por cuanto no existió una decisión informada y autónoma dado que no se le informaron las consecuencias negativas que ello le acarrearía; por tanto, no existió solución de continuidad en su afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, entidad que debe recibir los aportes efectuados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, reconocer la pensión de vejez, e igualmente se declare que PORVERNIR S.A. debe asumir los deterioros sufridos en el bien administrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a COLPENSIONES recibirlos y active la afiliación de la promotora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez, junto con la indexación de las mesadas adeudadas y se condene a PORVENIR S.A. a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en el evento en que los haya habido, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de enero de 1964, efectuando cotizaciones en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 6 de junio de 1994, realizando traslado el 13 de noviembre de 1996 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al fondo de pensiones PORVENIR S.A., traslado que se hizo efectivo el 1º de enero de 1997, calenda desde de la cual cotiza a dicha administradora a través del empleador Defensoría del Pueblo.

Aseveró que la asesora comercial de PORVENIR S.A. la convenció de trasladarse de régimen argumentando que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desaparecería y que su derecho pensional quedaría en riesgo. Además, le dijo que el monto de la pensión sería mayor en ese fondo, sin efectuar ningún tipo de cálculo matemático o comparativo, de ahí que su traslado de régimen pensional no se hizo de forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, no se le informó sobre las ventajas y desventajas de cada régimen.

Precisa que el 28 de enero de 2020, elevó petición ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitando el traslado de régimen pensional, debido a la falta de información al momento del traslado, la cual fue desatada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la referencia algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible que se afilie nuevamente a ese régimen, ya que tal situación transgrediría no solo disposiciones de carácter legal sino también el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

Formuló las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de a la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo introductorio, destacando que el traslado inicial goza de completa validez ya que informó a la demandante las características, ventajas y desventajas que componían el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a efectos que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado, por lo que el mismo reviste completa validez. Asimismo, aseveró que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, el cual surgió a partir del inciso cuarto del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015. Sin embargo, y con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encontraban



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validarla en cualquier momento.

Propuso las excepciones de fondo denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado. Igualmente, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante el 13 de noviembre de 1996, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la actora a ese régimen, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; a su vez ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada a ese régimen, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado; absolvió a COLPENSIONES de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a tal conclusión, expuso que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre ellos, la sentencia 31989 de 9 de septiembre de 2008, es posible declarar la ineficacia cuando no se demuestre la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado, exigiéndose la carga de la prueba a las AFP, las que deben cumplir con el deber legal de información tal y como lo aduce la sentencia SL1452 de 2019, la que señala que es deber del juez verificar el cumplimiento de dicha información, de acuerdo con el momento histórico en que se produjo el traslado, de ahí que conforme con los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el estatuto financiero, Decreto 663 de 1993 en el artículo 97; dicha información no fue acreditada de ninguna forma por parte de PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Memoró la sentencia No. 46292 de 3 de septiembre de 2014, que establece que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que la decisión puede tener frente a los derechos prestacionales, ni se estima satisfecho el requisito del deber de información con la simple expresión genérica expresada en un formulario, el que solo acredita que se suscribió de manera voluntaria más no informada, luego, al no acreditarse el cumplimiento de dicho deber por parte de PORVENIR S.A. y como quiera que tampoco se obtuvo confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte que depuso la promotora, lo que igualmente se sustenta con las declaraciones vertidas por los testigos ROCIO DEL CARMEN OSPINO y PEDRO ELIAS ABRIL, ello conlleva a declarar la ineficacia del traslado efectuado el 13 de noviembre de 1996 por la demandante al fondo de pensiones PORVENIR S.A., y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, incluidos los gastos de administración.

En cuanto a la pretensión referente al reconocimiento de la pensión de vejez, si bien la demandante acredita el requisito de semanas y edad, no accede a tal pedimento, en atención a que se encuentra actualmente laborando para la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y para tal efecto debe ser tenido en cuenta hasta la última semana cotizada y el retiro efectivo del sistema, sin perjuicio que cuando quede en firme tal decisión y la demandante retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrá adelantar ante COLPENSIONES la solicitud de reconocimiento de pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación en el que depreca se revoquen todas las condenas, argumentando que no se causó ningún perjuicio y para la fecha histórica del traslado de régimen, no se encontraba vigente el deber de información detallado y por ende su afiliación es completamente válida y eficaz. Tampoco se causó ningún tipo de perjuicio en el derecho pensional a la demandante, ni se lesionó ningún interés jurídico consolidado con una normativa anterior a la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Señala que en la sentencia SL 4806 del año 2020, se establece que uno de los motivos necesarios para acreditar la vinculación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la ineficacia, es que se haya causado un verdadero perjuicio, situación que no se encontró acreditada dentro de la presente litis, y que no se le puede exigir a las AFP una prueba adicional al formulario de vinculación, ya que para esa data se cumplía con el requisito de validez y eficacia de dicho negocio jurídico.

Respecto a los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante no es dable restituir los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que estos se descuentan conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la actora ha permanecido por espacio de 24 años afiliada a esa administradora, lapso en el cual ha estado cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte y en ese orden de ideas, el acto jurídico se dio de buena fe. Finalmente, solicitó no emitir condena en costas según lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

A su turno, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad las condenas emitidas en contra de esa entidad, dado que no debe resultar perjudicada por un acto jurídico en el que obra como tercero. Además, sostiene que no puede ser perjudicada con la decisión proferida en primera instancia, por lo que solicita no se le condene a recibir a la demandante como afiliada de dicha administradora, ya que este traslado afectaría el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 13 de noviembre de 1996 a la AFP PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los funcionarios de la época, que el motivo de su vinculación con las AFP fue porque aludieron el argumento de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que tendría unos mejores rendimientos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; situaciones todas que conllevan a que la Sala colija que la encartada PORVENIR S.A. no acreditó que haya suministrado una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--------------------------|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regimenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un |



| | | |
|--|--|---|
| | modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, y contrario a lo aducido por PORVENIR S.A., en su alzada de que el formulario de afiliación es plena prueba de la existencia y validez del acto jurídico, ya que para la data en que la actora lo suscribió no se exigía otro documento diferente, como se vio si se exigía para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*, la cual brilla por su ausencia.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto de todos los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Por ende, se confirmará en ese aspecto la decisión de primer grado.

En virtud de lo anterior, en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, de igual manera tampoco se presenta un desequilibrio financiero del sistema de seguridad social como lo aduce COLPENSIONES en el recurso de apelación interpuesto.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva con ocasión a los gastos de administración.

Finalmente, respecto a la inconformidad de PORVENIR frente a la condena en costas procesales, se debe tener en cuenta que el C.G.P. consagra un criterio objetivo, según el cual las costas corren a cargo de la parte vencida en juicio. En efecto, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. consagra que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, motivo por el cual se confirmará su imposición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su totalidad la sentencia referente a la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

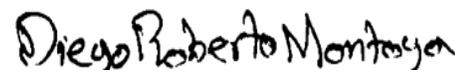
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

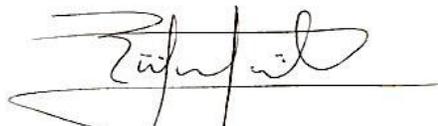
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 34 2019 00306 01
Demandante: EZEQUIEL PERLAZA MUÑOZ
Demandado: TECNICONTROL S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte, demandante, en contra de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EZEQUIEL PERLAZA MUÑOZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de TECNICONTROL S.A.S., con la finalidad que se declare que la accionada debe reconocer las sumas dejadas de pagar por desmejorar sus condiciones laborales, al desconocer la cláusula octava del contrato suscrito el 6 de julio de 2012, correspondiente al reajuste salarial de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, en las sumas que indica en el libelo demandatorio por tal concepto para dichas anualidades.

Por consiguiente, pretende se condene a reliquidar las prestaciones sociales y las vacaciones de los años 2015, 2016, 2017 y 2018, se condene al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la omisión de cancelar en debida forma y cuantía las cesantías de los años 2015 a 2018, y se

realice el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones sobre el salario real, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones indicó el accionante que suscribió contrato de trabajo con la demandada por duración de la obra o labor el 6 de julio de 2012, para desempeñar el cargo de coordinador ambiental en Aguazul Casanare, devengando como salario la suma de \$5.896.830, lo que equivale a 10.4 salarios mínimos mensuales legales vigentes para fecha de iniciación del contrato. Que en el referido contrato se estableció que se extendería hasta alcanzar el 57.28% de las actividades del contrato No. 520955 suscrito entre la convocada a juicio y ECOPEPETROL S.A., plazo que sería contado a partir del inicio del contrato marco.

De igual forma, se estableció en cláusula octava que el empleador podría *“disponer que el trabajo se preste en lugar distinta al inicialmente contratado, siempre que tales traslados no desmejoren las condiciones laborales o remuneraciones del trabajador, o implique perjuicios para él”*. Asimismo, adujo que el 6 de julio de 2012 suscribió cláusula adicional al contrato de trabajo, donde se le otorga un beneficio por desplazamiento, equivalente a \$842.214.

De otra parte, aseveró que el 22 de julio de 2012 sufrió accidente laboral y que mediante otrosí No. 1, 2, y 3 se extendió la duración de su contrato hasta alcanzar el 74.25% de la duración del contrato marco; y que por medio de otrosí No. 4 le fue incrementado su salario a \$6.133.890, manteniendo 10.4 smmlv para el año 2013, destacando que además suscribió otrosí No. 5, 6, 7, 8, 9 y 10 hasta alcanzar la duración de trabajo en un 96.91 % de la ejecución de la obra del contrato marco.

Que por otrosí No. 11 se ordenó su traslado a partir del 20 de septiembre de 2013 a la base Bogotá y que para el año 2014 se fue incrementado su salario a \$6.409.907, manteniéndose la remuneración del trabajador en 10.4 smmlv; sin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

embargo, para el año 2015 el incremento del salario fue en suma de \$6.704.763, desmejorando las condiciones estipuladas en la cláusula octava del contrato de trabajo, toda vez que no se mantuvo la equivalencia de 10.4 smmlv, pues fue reducido a 9.9 smmlv, sucediendo lo mismo para el año 2016 calenda para la cual se remunera su trabajo en proporción de 9.3 smmlv, es decir, en suma de \$7.174.096 y para 2017 la merma fue en 8.7 smmlv y así se han continuado desmejorando las condiciones laborales pactadas inicialmente, desconociendo la cláusula octava del contrato de trabajo por parte de la activa, hasta el punto de llegar en la actualidad a 7.7 smmlv para 2019.

Sostiene que tal situación ha desmejorado sus condiciones laborales, ya que ha visto afectado sus ingresos económicos e igualmente se ve afectado su I.B.C. en pensiones. Finalmente, precisa que luego del accidente laboral se encuentra con restricciones y en la actualidad se encuentra a la espera de la confirmación de una cirugía.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada TECNICONTROL S.A.S., en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que ha cumplido con lo pactado en el contrato de trabajo y no ha desmejorado las condiciones salariales ni laborales del demandante, de la misma forma adujo que no está en la obligación de reajustar el salario, toda vez que durante la relación laboral siempre ha devengado un salario superior al mínimo mensual legal vigente, de ahí que no le adeude valor alguno.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y la de buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021, absolvió a la demandada de todas y

cada una de las pretensiones elevadas por el demandante y lo condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, precisó que no fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la forma en la que se pactó el mismo, siendo objeto de discusión lo atinente al incremento salarial, por ende, reclama el pago de las diferencias salariales causadas por el valor realmente pagado y lo que debió devengar, atendiendo que el salario pactado para el año 2012 fue reajustado periódicamente entre los años 2013 a 2014, garantizando mantener su poder adquisitivo en un valor equivalente a 10.4 salarios mínimos mensuales vigentes para cada anualidad.

Se duele que el aludido incremento periódico para mantener los 10.4 smmlv no se haya reconocido para los años subsiguientes; esto es, en el salario causado en los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 en los montos que discrimina en el escrito inaugural, en consecuencia, a razón de tales reajustes salariales exige la reliquidación de las prestaciones sociales y las vacaciones en la proporción a los incrementos adeudados y el reconocimiento y pago de las diferencias por conceptos de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

A efecto de resolver tal pedimento, trajo a colación los artículos 127 y 128 del C.S.T., y memoró lo pactado entre las partes en la cláusula décima segunda del contrato de trabajo (Fl. 10) donde se expuso que *“la empresa pagara al trabajador como remuneración por sus servicios el salario mensual convenido, entendiéndose que en este pago se encuentra comprendido la de los descansos dominicales y festivos de acuerdo a la ley laboral , igualmente pagara los beneficios o auxilios no constitutivos de salario que se hayan pactado con base en los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 de la Ley 334 de 1996”*.

Como resultado de tal precisión, memoró que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha señalado en torno a la actualización constante del salario en el caso de trabajadores vinculados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mediante un contrato de trabajo, que tal asunto debe ser objeto de acuerdo entre las partes vinculadas en la relación laboral de modo individual o colectivamente consideradas, por tanto, no le corresponde al juez laboral tomar ninguna decisión al respecto, así se presente un desequilibrio cuando transcurre un periodo y el salario se mantiene estático, pese a que el índice de precios al consumo aumente en dicho lapso, excepto cuando se trate de trabajadores que devenguen el salario mínimo, o exista una disposición contractual que así lo establezca, criterio que se configuró a partir de los siguientes argumentos:

1. Que la solicitud de ajuste salarial no corresponde a un conflicto de tipo jurídico, si no de tipo económico el cual está excluido completamente del conocimiento de la jurisdicción laboral.
2. Que no existe norma en el ordenamiento jurídico que obligue a un empleador a actualizar el salario de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo.
3. Además, el artículo 53 de la Carta Política en relación con la remuneración mínima, vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de dicho principio.

Desarrollo legal que no se ha dado en Colombia, así lo ha establecido entre otras el órgano de cierre de esta especialidad a lo largo de las siguientes providencias: SL150-46 del 13 de marzo de 2001, SL33-420 del 27 de enero de 2009, SL338-25 del 10 febrero de 2009, SL368-94 del 16 de marzo de 2010, SL38-947 del 1º de febrero de 2011, SL469-22 del 1º marzo de 2011, SL427 del 2013, SL3933 del 2014, SL7388 del 2014 y SL180-04 del 2017.

Destacando que tales providencias, en especial la última, alude que no es el juez laboral, ni mediante el trámite del proceso ordinario laboral, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un periodo de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, aunque el IPC haya aumentado, pues no existe norma que le permita al funcionario judicial ordenar el incremento, excepto cuando se trata del salario mínimo, ya que la

función de los jueces no es legislar, además de que solo están sometidos al imperio de la ley como lo consagra el artículo 230 de la Constitución Política.

Ello en consonancia con lo preceptuado en la Constitución Política en su artículo 53 en relación con la remuneración mínima, vital y móvil; la cual traslado a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio; además el artículo 3 del C.P.T. y de la S.S., excluye de su conocimiento los conflictos de tipo económico, motivos estos que llevaron a absolver a la demandada de las pretensiones impetradas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso en el que expuso que existe la necesidad de pronunciamiento frente a los salarios del actor de los 2015, 2016 y siguientes, incluido el de 2021, y la consecuente reliquidación. Anota que en la actualidad el promotor devenga \$6.409.920 lo que equivale a 7.1 salarios mínimos mensuales legales vigentes y que en 2012 el salario percibido por el trabajador equivalía a 10.4 smmlv, de modo tal, que el salario debe incrementar en esa misma porción, es decir, 10.4 smmlv, en aplicación a los principios de igualdad, equidad y justicia.

Destaca que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral tienen diferentes posturas frente al reajuste de los salarios superiores al salario mínimo, sobre la existencia o no de la obligatoriedad de reajustar dichos salarios; sin embargo, la labor Juez está regido por el precepto normativo contenido en el artículo 230 Superior, en el que se consagra de manera clara como debe ser el proceder de los jueces al momento de emitir una providencia, indicando que solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Por lo que frente al interrogante de cuál es la ley que debe ser tomada en cuenta para proferir sentencia en el presente asunto, ya que no hay una ley para el efecto, le es exigible al juez el pronunciamiento sobre la obligatoriedad del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incremento salarial, por lo que debe tener en cuenta el precedente judicial emitido en casos similares, en donde los jueces deben acatar la cosa juzgada constitucional cuando se trata de la interpretación de los derechos, principios y valores fundamentales.

Por tanto, se debe aplicar el principio de favorabilidad consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 21 del C.S.T., según el cual en caso de duda o de conflictos en la aplicación e interpretación de las normas o fuentes formales de derecho prevalece la más favorable al trabajador, debiendo operar el *in dubio pro operario*, así las cosas, la favorabilidad no solamente es aplicable entre el conflicto que sucede entre las normas de distinta fuente formal del derecho o incluso en normas de la misma fuente de derecho, sino también ante las diferentes interpretaciones que puede admitir una norma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde establecer (i) si es procedente el reajuste o incremento del salario del demandante, y en caso afirmativo (ii) si se debe emitir condena por la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social en pensiones y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para el efecto, es menester precisar que en el presente asunto no fue objeto de discusión que el demandante suscribió contrato de trabajo con la sociedad demandada por duración de la obra o labor, para desempeñar el cargo de Coordinador Ambiental el 6 de julio de 2012, devengando como salario inicial la suma de \$5.896.830, según se observa del contrato que reposa en el plenario a folios 8 a 11 del plenario, y que el 7 de noviembre de 2013 fue trasladado para laborar en la ciudad de Bogotá (Fl. 262), aspectos que por demás fueron aceptados por la pasiva en la contestación de la demanda. Igualmente, se observa que las partes acordaron el otorgamiento de manera temporal un beneficio por desplazamiento en suma de \$842.214 el 6 de julio de 2012 (fl. 250).

Ahora, como se sostuvo en el planteamiento del problema jurídico, y de acuerdo con el argumento de la parte demandante su alzada, se pretende que el salario devengado sea incrementado o reajustado para los años 2015 y siguientes, manteniendo el equivalente a 10.4 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Bajo ese escenario, al verificar las pruebas documentales aportadas al plenario, se aprecia que el aludido contrato de trabajo que suscribieron las partes el 6 de junio de 2012 establece que el salario mensual inicial sería de \$5.896.830, igualmente la cláusula décima segunda (Fl. 8 a 11 y 144 a 146), señala sobre el tema de la remuneración:

“REMUNERACIÓN: - la empresa pagará al trabajador como remuneración por sus servicios el salario mensual convenido, entendiéndose que en este pago se encuentra comprendido la de los descansos dominicales y festivos de acuerdo a la ley laboral, igualmente pagará los beneficios o auxilios no constitutivos de salario que se hayan pactado con base en los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 de la Ley 334 de 1996. PARÁGRAFO: para efectos del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por TECNICONTRON S.A., se acuerda que el cliente a pesar de no ser el empleador podría suministrar en sus dependencias, como beneficio en especie, alimentación o alojamiento a los trabajadores del contratista TECNICONTRON S.A., con el fin de facilitar las funciones de dichos empleados. Por lo anterior, el trabajador y TECNICONTRON S.A., acuerdan expresamente que el beneficio en especie anteriormente mencionado no será constitutivo de salario, por lo cual no se tendrá en cuenta para liquidar prestaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes a la seguridad social, parafiscales (Caja de Subsidio Familiar, SENA, ICBF), ni ningún otro concepto cuya base de liquidación sea el salario, todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 de la Ley 334 de 1996”

Ahora bien, en el supuesto fáctico de la demanda se adujo que la encartada incurrió en una desmejora salarial, pues el salario inicialmente pactado para 2012, equivalía a 10.4 salarios mínimo, manteniéndose así para los años 2013 y 2014; sin embargo, del año 2015 en adelante tal equivalencia de salarios mínimos mensuales legales vigentes fue reducida de manera significativa, pues no se efectuaron incrementos salariales en tal proporción.

Sobre el asunto, cabe recordar que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

Entre tanto, el artículo 132 de la misma obra, establece:

“FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION.

1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.”

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL18004-2017, Radicación No. 58043 de 18 de octubre de 2017, al abordar el tema del incremento de salarios superiores al mínimo, indicó:

“2. NORMAS DEL SECTOR PRIVADO

“Le corresponde ahora a la Corte determinar si existe dentro de dicha normatividad precepto alguno que establezca la obligación para el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandado de reajustarle el salario al actor en los términos solicitados en el escrito iniciador de la contienda.

“No han sido pocas la ocasiones en que la Sala ha tenido oportunidad de estudiar el tema hoy debatido.

“A continuación se traen a colación algunas de las decisiones:

“En sentencia de 5 de noviembre de 1999, radicación 12.213, esta Corporación razonó:

“Pese a lo hasta aquí dicho, a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dada el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados.

“No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata.

“En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio. Además el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley.

“[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Luego, en fallo de 13 de marzo de 2001, radicación 15.406, ratificado entre otros en sentencias de 14 de febrero de 2007 y 20 de mayo de 2008, radiaciones 27.223 y 26.291, respectivamente, la Sala sostuvo:

“No escapa a la consideración de la Sala que en las economías en desarrollo es frecuente la pérdida de capacidad adquisitiva de los salarios por fuerza de los fenómenos inflacionarios y de depreciación de la moneda nacional. Para conjurar o al menos aminorar el impacto de tales fenómenos económicos la legislación del trabajo ha diseñado medidas de protección para las clases económicamente más vulnerables que son las que generalmente resultan más afectadas por sus efectos socialmente devastadores.

“Pero debe decirse que, salvo casos que constituyen excepción, en verdad la estructura general del régimen salarial del sector privado en el derecho del trabajo colombiano está montada sobre el postulado de que son las partes –individual o colectivamente consideradas- unidas en el nexo jurídico laboral, o el legislador cuando así lo dispone en forma expresa, las únicas que en principio tienen la potestad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales, como lo dispone claramente el artículo 132 del CST, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

*“Así, desde el año de 1948 se estableció el derecho al salario mínimo representado en el sueldo límite a que tiene derecho el trabajador para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, por debajo del cual no es lícito estipular una remuneración entre las partes. **El análisis sistemático del código sustantivo del trabajo, conduce inexorablemente a inferir que salvo casos especiales expresamente regulados por la ley o deducidos por la jurisprudencia en aplicación de principios legales, no existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que no devengan el salario mínimo, o el salario mínimo integral, con base en el costo de vida.***

“[...]

“Empero, lo que no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, es ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como lo pregona paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

“(...)

“Posteriormente, en sentencia de 20 de marzo de 2002, radicación 17.164 la Sala indicó:

“Trae la Sala a colación lo anterior para destacar que en un escenario semejante, el Juez del Trabajo no podría acceder a un pedimento como el del ordinal 3 de la demanda ordinaria. Esto debido que los artículos 1 y 18 del código sustantivo del trabajo, enlistados en la proposición jurídica del cargo, no contienen un derecho tal a favor del demandante, que al devengar una remuneración mensual superior a la mínima legalmente establecida, sólo puede procurar aumentarla a través de la negociación directa con el empleador, sea individualmente, como es posible en algunos casos, o por vía del conflicto colectivo económico, que regula la legislación laboral colombiana ya que una reclamación semejante, que afecta la ecuación económica del contrato de trabajo pactado entre las partes, trasciende el tipo de conflicto que deben solucionar los jueces laborales”.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL4260-2020, Radicación No. 49339 de 4 de noviembre de 2020, al tratar asunto de similares contornos al que nos ocupa, además de reiterar la posición anteriormente referida, memoró lo decido por la Corte Constitucional en casos en que se solicita el incremento de salarios superiores al mínimo, señalando:

“La posición de la Corte Suprema respecto de discusiones salariales diferentes a la del mínimo legal

“La Corte ha sostenido de tiempo atrás que la discusión sobre ajustes, aumentos o incrementos salariales distintos al del salario mínimo legal, escapa a la órbita de competencia del juez del trabajo, en tanto se trata de un conflicto de tipo económico, propio de otros escenarios, y no de tipo jurídico, que es el que corresponde dirimir a los jueces, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo el entendido general de que las competencias judiciales son regladas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La exclusión específica del conocimiento de conflictos de tipo económico encuentra asiento en lo dispuesto en el art. 3.º del Código del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, que en armonía con lo señalado en los artículos 1.º y 2.º, todos ellos pertenecientes al capítulo de jurisdicción, de manera expresa sustraen de la jurisdicción ordinaria laboral los conflictos económicos entre trabajadores y empleadores, los cuales, indica la norma inicialmente mencionada, se continuarán adelantando de conformidad con las leyes especiales sobre la materia.

“Amén de lo anterior, ha manifestado la Corporación en diversas providencias que no existe norma legal específica que obligue a los empleadores a decretar reajustes, aumentos o incrementos salariales, por encima del ordenado para el salario mínimo legal y, por ende, tampoco cuenta el juez laboral con dicho apoyo normativo para edificar una condena en esa dirección.

“Así se sostuvo, por ejemplo, entre otras, en las sentencias: CSJ SL, 05 nov. 1999, rad. 12213; CSJ SL, 13 mar. 2001, rad. 15406; CSJ SL, 20 mar. 2002, rad. 17164; CSJ SL, 14 feb. 2007, rad. 27223; CSJ SL, 27 mar. 2007, rad. 30377; CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 26291; CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 33420; CSJ SL, 03 may. 2011, rad. 42414 y CSJ SL882-2013.

“Finalmente, en la sentencia CSJ SL18004-2017 la Corporación hizo un recorrido jurisprudencial exhaustivo sobre el tema, en donde quedó plasmada in extenso la posición que ahora se cuestiona.”

“(…)

“Para el análisis que interesa, desde el punto de vista laboral, la Constitución contempló las leyes cuadro o marco, en su acepción antigua, llamadas también por la doctrina leyes generales (art. 150, num. 19 CP) y el estatuto del trabajo (art. 53 CP). La diferencia entre ellas estriba en que las leyes cuadro o marco brindan indicaciones generales, y señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los efectos que taxativamente se enlistan; los estatutos generales por su parte, se han entendido en la doctrina como un compendio que regula íntegramente una materia y que, por lo mismo, en principio, tiene la vocación de agotar el tema en dicha regulación.

“Tal distinción resulta relevante para el mundo del trabajo, en tanto la fijación salarial y prestacional de los servidores públicos encuentra su amparo normativo en una ley marco que ya fue dictada por el Congreso de la República, mientras que el estatuto del trabajo, a la fecha, no ha sido expedido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En dicho estatuto, que como se ha mencionado debe ser una ley en sentido formal, es donde la Constitución ordenó que se desarrollaran los principios enumerados en el art. 53 de la Carta, pero el transcurso del tiempo sin que se haga efectiva su adopción es lo que ha abierto la discusión que, en diferentes fallos, han pretendido zanjar tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia en relación con la movilidad de la remuneración.

“En todo caso, los códigos laborales, sustantivo y adjetivo, anteriores al nuevo entorno constitucional, se encuentran vigentes y sus normas se ha examinado caso a caso, como corresponde frente a la nueva Carta Política. Importa mencionar también que varios de los principios que exige el artículo 53 CP sean incluidos en el estatuto del trabajo, ya hacían parte de postulados del Código Sustantivo del Trabajo, sólo que ahora alcanzan rango constitucional.”

“(…)

“No obstante, al estudiar dicho Tribunal una demanda de constitucionalidad contra el artículo 148 del Código Sustantivo del Trabajo, razonó desde la perspectiva de la omisión legislativa relativa, en tanto la norma establece una suerte de corrección del salario mínimo únicamente, y concluyó en sentencia CC C-911-2002 que:

“3.4.1. Finalmente, se identifica que el deber constitucional específico al que aparentemente hace referencia el actor, se edifica a partir del artículo 53 de la Constitución, el cual al enunciar los principios mínimos fundamentales que deberá contener el estatuto del trabajo que debe expedir el Congreso de la República, incluye dentro de dichos principios la “remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”. La exégesis de este principio, ha dado lugar a una línea jurisprudencial sostenida que consagra el derecho a mantener la capacidad adquisitiva de los salarios.

“3.4.2. Sin embargo, este derecho, como lo ha sostenido esta Corporación no es un derecho absoluto: “El derecho a mantener el poder adquisitivo del salario no es un derecho absoluto, como no lo es ningún derecho en un Estado Social y Democrático. La conceptualización del Derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario como Derecho limitable es un desarrollo específico de la doctrina según la cual los Derechos, aún los fundamentales, no son absolutos, de lo que se deriva la posibilidad de armonizarlos para asegurar en la práctica su ejercicio efectivo. Así lo ha reiterado esta Corporación cuando ha interpretado Derechos de diversa naturaleza y contenido”[8]. De este modo, el derecho a la conservación del poder adquisitivo de los salarios, no puede entenderse como un derecho a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fijar un porcentaje de incremento igual para todos los salarios, sin excepción. La correcta interpretación de este derecho, implica que la remuneración de los trabajadores debe ser justamente “móvil”, virtualmente variable, mas no se traduce en que el porcentaje de ajuste que refleje dicha movilidad, deba aplicarse por igual a los distintos valores que puede tener la remuneración salarial de los trabajadores.

“3.4.3. Como se demostró, no tiene que ser igual, ni fáctica ni jurídicamente, el tratamiento de quienes reciben el salario mínimo de aquél previsto para quienes reciben salarios superiores al mínimo. El mantener el poder adquisitivo de los salarios bajos, ha dicho esta Corporación, tiene el carácter de intangible, en razón a la protección constitucional reforzada que la Constitución les dispensa. Por el contrario, quienes ganan salarios más altos no son necesariamente sujetos de una protección salarial reforzada y su derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario puede recibir distinto tratamiento, siempre que sea razonable.

3.4.4. De lo expuesto se infiere que el artículo 53 de la Constitución, cuando habla de salario “móvil”, sí está consagrando el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario, pero que este mandato no puede interpretarse, como lo hace el demandante, en el sentido en que todos los salarios superiores al mínimo deben ajustarse anualmente en el mismo porcentaje en que haya sido incrementado aquél. Agréguese por último, que la norma acusada no desconoce el Convenio 111, aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967, como lo alega el demandante, al generar una distinción de trato injustificada entre los trabajadores a quienes se aplica por ley el incremento de su salario de forma automática y aquellos trabajadores que no gozan de la misma condición o beneficio, por las razones que han sido expuestas. (Subrayas de la Sala)” (Negrilla fuera de texto).

(...)

“Bien vale la pena resaltar que ya sea en referencia al sector privado o bien al público, el criterio de interpretación y aplicación del contenido del art. 53 de la CP no ha sido estático, y que en su evolución se ha mostrado cierto nivel de modulación frente a los primeros pronunciamientos en los cuales se podía llegar a entender que recuperar la pérdida del poder adquisitivo era un derecho para todos los trabajadores de todos los niveles salariales.”

(...)

“Fijación del salario en el sector privado y reglas para el salario mínimo legal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por otra parte, la estructura general del régimen salarial del sector privado encuentra su fuente primigenia en el Código Sustantivo del Trabajo, Título V (salarios), arts. 127 a 157, y tal normativa, en su art. 132, difiere a las partes la estipulación sobre la materia, señalando como límites lo dispuesto en relación con el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales. También se ocupa de lo atinente a la regulación del salario mínimo integral (art.132-2 CST).”

“(…)

“El artículo 53 de la CP y la naturaleza del conflicto relativo a la movilidad salarial.

“La impugnación plantea en la proposición jurídica, como norma violada, el art. 53 de la CP, de donde podría deducirse que si de acuerdo con la jurisprudencia asentada por la Sala, la invocación de preceptos constitucionales es válida (...) en tanto norma sustantiva de alcance nacional, ello deviene en que el conflicto así planteado es jurídico y no económico y que esa es la norma que se ha echado de menos como fundamento para ordenar reajustes, incrementos o aumentos salariales por encima del salario mínimo legal.

“Como se ha explicado en precedencia, la naturaleza del conflicto no cambia por el hecho de que en ese y otros preceptos de jerarquía constitucional se recojan normativamente elementos que sin duda alguna tienen un trasunto económico.”

“(…)

“La discusión salarial, diferente al mínimo legal y la incidencia de variables macroeconómicas.

“No obstante, lo mismo no puede predicarse de los salarios superiores al mínimo en el sector privado, pues, sin desconocer como es apenas obvio la asimetría natural de la relación laboral, el procedimiento que se ha establecido en las normas es la discusión individual, en tanto ello sea posible, bajo el principio de la libre estipulación (art. 132 CST), o el escenario de la negociación colectiva que se instrumentaliza a través de la convención colectiva, el pacto colectivo y, en últimas, el laudo arbitral.

“Este es el entorno que la actual legislación laboral colombiana contempla y que, a no dudarlo, debe ser objeto de actualización, por la vía democrática establecida en cabeza del ente que ha sido elegido para tal propósito, el Congreso de la República, pues en ese colectivo reside la legitimidad y representatividad suficiente para dirimir con la expedición



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del estatuto del trabajo, las tensiones surgidas en materia de ajuste o incremento salarial y negociación individual y colectiva de ese estipendio.

“En ese cuerpo colegiado deben tenerse en cuenta todos los elementos económicos que permitan señalar los mecanismos de ajuste e incremento salarial, entre los cuales el IPC es uno más, que opera en interrelación con otros, como ya se ha anotado. De allí se infiere que el análisis conjunto y no individual de todos los factores, es el que puede arrojar el mejor resultado a la hora de establecer ese dispositivo, cualquiera que él sea.

“En definitiva, una decisión político-económica será mejor en la medida en que el poder para tomarla esté distribuido de la forma más equitativa posible en el conglomerado social, lo cual supone, necesariamente, una expresión democrática a través del órgano de representatividad habilitado para ello.

“Determinaciones que no consulten el ambiente contextual descrito en el párrafo anterior, que en principio pueden parecer favorables a los grupos más vulnerables, o a las partes más débiles en una relación jurídico comercial o a instituciones como el trabajo que merecen especial protección, pueden terminar siendo perjudiciales por el encadenamiento secuencial que conllevan los fenómenos económicos.”

En ese orden de ideas, y como viene de verse, las partes acordaron como valor del salario a devengar por parte del demandante desde el inicio de la relación laboral en el año 2012, una suma superior al salario mínimo mensual legal vigente, el cual manifiesta fue incrementado para los años 2013 y 2014, sin que sucediera lo mismo para los años siguientes, motivo por el cual reclama el correspondiente reajuste salarial, el que en su sentir debe mantenerse en un equivalente a 10.4 SMLMV para cada año; situación que desde ya se avizora no tiene vocación de prosperidad, dado que en ningún momento las partes acordaron un incremento que deba estar sometido al equivalente en salarios mínimos mensuales legales, como se indicó anteriormente, situación que el mismo demandante corroboró en la declaración de parte que rindió ante el juzgado de origen.

De otra parte, cabe mencionar que si bien le puede asistir la razón al demandante, en el sentido de señalar que su salario ha perdido poder adquisitivo ante la falta de incremento anual, también lo es que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral que se ha citado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

in extenso, ha referido que en tratándose sobre el tema de incrementos en salarios superiores al mínimo, al ser un asunto de carácter económico escapa de la órbita de acción del juez laboral, ya que no le es dable emitir pronunciamiento al respecto, como quiera que no existe ley que lo faculte para tal efecto, a menos que se trate del salario mínimo; advirtiéndose que además la Constitución Política en su artículo 53, trasladó a la ley lo referente a la remuneración mínima vital y móvil, más aun cuando conforme lo estatuido en el artículo 230 Superior, los jueces solamente están sometidos al imperio de la ley, y es que precisamente en apego a dicho precepto de rango constitucional es que le está vedado al operador judicial entrar a resolver situaciones que no están previamente reguladas de forma expresa por el legislador, función que valga la pena recordar, no es competencia de los jueces, tal como lo expuso la juez de instancia.

Acorde con lo anterior, debe señalarse que esta Corporación se aparta de la postura asumida por la Corte Constitucional en asuntos como el aquí se analiza, máxime cuando bastante se ha reseñado por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral sobre el asunto. Asimismo, tal como se indicó al estudiar demanda de constitucionalidad contra el artículo 148 del C.S.T., en sentencia CC C-911-2002, el artículo 53 superior, cuando habla de salario “*móvil*”, de modo alguno alude a que todos los salarios superiores al mínimo deben ajustarse anualmente.

Finalmente, debe destacarse que si bien la petición de cánones de orden constitucional es viable como lo pretendió la parte actora en su alzada, lo cierto es que en nada cambia lo sentado sobre la naturaleza de tipo económico del asunto que aquí se plantea, el que se reitera no es de competencia del juez laboral, pues como lo sostuvo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la naturaleza del conflicto no cambia por el hecho de que en ese y otros preceptos de jerarquía constitucional se recojan normativamente elementos que sin duda tienen un trasunto económico, ya que sigue siendo el sendero de la libre estipulación salarial consagrado en el artículo 132 del C.S.T., o el contexto de la negociación colectiva el pertinente para debatir el incremento aquí deprecado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

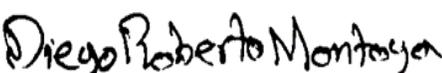
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

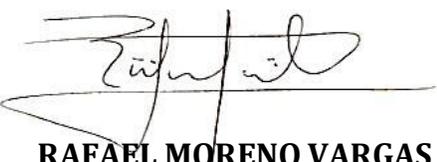
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 **38 2020 00309 01**
Demandante: EVA NIETO DE RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto la decisión adoptada por el fallador de instancia fue adversa a los intereses de la entidad, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EVA NIETO DE RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el amparo del régimen de transición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se condene a la encartada a reconocer y pagar la prestación pensional por vejez a partir del 11 de diciembre de 2009 junto con el retroactivo pensional, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de 50 S.M.L.M.V. a título de reparación del daño por la afectación a sus derechos constitucional y convencionalmente protegidos al *habeas data*, seguridad social, buena fe-confianza legítima, mínimo vital y dignidad humana, más lo que resulte probado en uso de las facultades de manera *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003 e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 23 de marzo de 1984 como trabajadora dependiente de la empresa IND. COL DE BORDADOS.

Que al 1º de abril de 1994 cumplió 39 años; que COLPENSIONES en las diferentes historias laborales que emitiera a su nombre, recortó tiempos de servicios no cotizados por algunos empleadores, sin que la encartada haya realizado las gestiones de cobro correspondientes.

Expuso que cumplió 55 años de edad el 11 de diciembre de 2009, por lo que teniendo en cuenta las semanas no cotizadas, y las adeudadas por algunos empleadores que no han sido objeto de acción de cobro por COLPENSIONES, ostenta un total de 779.21 semanas durante los últimos 20 años al cumplimiento de la edad.

Que entre el 23 de marzo de 1984 y el 25 de julio de 2005 cotizó un total de 896.1 semanas y en toda la vida laboral un total de 1534.32, siendo la última



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cotizada para el ciclo de diciembre de 2019, solicitando el 4 de junio de 2020 novedad de retiro a su empleador ALIMENTOS NUTRICIONALES NATURAL HEALTH S.A.S.

Por último, mencionó que el 30 de junio de 2020 elevó reclamación administrativa exponiendo las múltiples inconsistencias en su historia laboral, y a través de la Resolución SUB17472 del 4 de agosto 2020 fue negado por COLPENSIONES el derecho pensional aquí deprecado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Expuso que el demandante no cumple con los requisitos mínimos de la pensión de vejez deprecada.

Por otra parte, mencionó que si bien el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 determina que le corresponde a las administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, dentro del presente asunto debe tenerse en cuenta que el empleador no realizó el registro de afiliación del demandante, aspecto por el que no se le puede endilgar alguna responsabilidad.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez en su condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 1993, en concordancia con las previsiones de edad, tiempo y monto del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, en cuantía equivalente al 90% del IBL a partir del 1º de agosto de 2020, específicamente en la suma de \$1.018.348 mensuales, autorizando a COLPENSIONES a descontar del valor de las mesadas pensionales retroactivas a que tiene derecho la actora, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 1º de agosto de 2020 y el 31 de agosto de 2021 por valor de \$6.110.090, debidamente indexadas al momento del correspondiente pago, absolviéndola de las restantes pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que teniendo en cuenta el reporte de semanas cotizadas por el demandante ante COLPENSIONES, se encuentra acreditado que la entidad admite que el actor cuenta con 1260.29 semanas cotizadas entre el 23 de marzo de 1984 y el 31 de julio de 2020.

Resaltó que por cuenta de INGENIERÍA Y POLÍMEROS se presenta un periodo hasta el 31 de enero de 1993, y por TECNOLOGÍA DE POLÍMEROS se registra cotización para el mes de enero de 1995 por 2.29 semanas.

Que en tal sentido, la accionante señala que no se contabilizan los tiempos laborados para INGENIERÍA Y POLÍMEROS en atención al no pago de aportes por parte del empleador durante la totalidad de la relación laboral, específicamente para el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1993 y el 5 de septiembre de 1994, a pesar que la administradora contaba con la posibilidad de efectuar los cobros correspondientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, adujo que en relación con las cotizaciones por cuenta del empleador INGENIERÍA Y POLÍMEROS se registran los periodos anteriormente enunciados con anotación de *“deuda presunta”*, *“pago aplicado a periodos posteriores”* y *“su empleador presenta deuda por no pago”*, en especial para los ciclos de enero a noviembre de 1990, y así sucesivamente desde el 1º de febrero de 1993 hasta el 5 de septiembre de 1994, en el que se registra periodo en mora por parte del empleador, aspectos por los que adujo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en su momento contaba con los mecanismos legales para adelantar el cobro coactivo y recaudar los aportes en mora con cargo al empleador, conforme a la normativa que consagra la exigencia de la afiliación y el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social al tenor de la Ley 100 de 1993 y, previamente por el Acuerdo 049 de 1990 y demás decretos reglamentarios.

Circunstancia por la cual, no era viable que la accionada dedujera ese tiempo de cotizaciones o periodos de trabajo en mora por cuenta del empleador INGENIERÍA Y POLÍMEROS, pues contaba con los mecanismos para ejercer el cobro, mismos que no se advierte que oportunamente se hubieran accionado en aras de obtener el recaudo de las cotizaciones respectivas, por ello que, dichos periodos deben imputarse como así lo ha dejado asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que en este orden de ideas, refirió que dentro del informativo se encuentra acreditada que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad pues nació el 11 de diciembre de 1954, de ahí que le resultare aplicable los preceptos normativos dispuestos en el Decreto 758 de 1990, el cual reguló los requisitos pensionales en su artículo 12, por lo que resulta palmario que la demandante arribó a los 55 años de edad el 11 de diciembre de 2009, edad que acreditó con anterioridad al 31 de julio de 2010 atendiendo la temporalidad del régimen de transición a la luz del Acto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Legislativo 01 de 2005, adicional a que, sin hacer la deducción anteriormente reseñada, la señora EVA NIETO DE RODRÍGUEZ ostentó en cualquier tiempo un total de 1342.57 semanas, cumpliendo así con los presupuestos para acceder a la pensión de vejez deprecada según lo regula el Decreto 758 de 1990.

En cuanto al monto de la pensión, mencionó que el mismo corresponde a lo consagrado en el 20 del Decreto 758 de 1990, y atendiendo la densidad de semanas con las que cuenta el demandante, su mesada pensional corresponde a una tasa de reemplazo del 90%; al igual que el IBL a calcular debía realizarse bajo las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1990, por lo que realizadas las operaciones de rigor, determinó que el IBL ascendía a \$1.131.498, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 90%, arrojando así una primera mesada pensional para el 1º de agosto de 2020 en la suma de \$1.018.348, ya que la actora se retiró del sistema el 31 de julio de esa misma anualidad. También dejó de presente que se condenaría a la demandada al pago de las mesadas causadas entre el mes de agosto de 2020 y el mes de agosto de 2021 por concepto de retroactivo, debidamente indexado al momento del correspondiente pago y sobre 14 mesadas pensionales al año.

Consecuentemente, y luego de proferir sentencia complementaria, el *a-quo* dispuso que en virtud a que procedió el pago de la prestación por vejez en forma indexada, por lo que bajo este escenario, es criterio jurisprudencial que dicha circunstancia hace que los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sean incompatibles con el reconocimiento de la indexación, en la medida en que las eventuales consecuencias de la mora se subsumen en el pago indexado que se ordena del valor correspondiente, de ahí que esta pretensión no goce con vocación de prosperidad.

Además, expuso el *a-quo* que, si bien se solicitó en la demanda el reconocimiento de mesadas pensionales a partir de la fecha de causación del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho, en el entendido que para el momento del cumplimiento de la edad pensional que lo fue en el 2009 la actora ya contaba con la densidad de semanas de cotización requeridas, alternativa que ha sido admitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal precepto no saldría avante, pues de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 y el restante de disposiciones reglamentarias anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estas establecían que el disfrute de la pensión debía operar a partir del retiro del servicio o del sistema, por lo que es clara la aplicabilidad de esta regla en la medida que debe tomarse hasta la última semana de cotización para efectos de determinar el valor de la prestación, máxime si se tiene en cuenta que de llegarse a tomar el número de semanas con las que contaba la demandante para el cumplimiento de la edad en el año 2009, la tasa de reemplazo no correspondería al 90% sino a una inferior, debiéndose en ese escenario por ejemplo tomarse en cuenta la tasa de reemplazo a partir del momento en que había acreditado las 1.250 semanas y, cumplido ello, se tendría que tener en cuenta los IBC correspondientes que darían lugar a una prestación inferior a la aquí reconocida, adicional a que atendiendo la fecha de la reclamación administrativa y la presentación de la demanda, también habría lugar a la operancia del fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que en el evento que se presente una mora en el pago de las mesadas deben imponerse los respectivos intereses, pues los mismos no son de naturaleza sancionatoria y por ende no debe analizarse la conducta de la entidad, sino que la simple tardanza en el pago de la prestación de vejez hace de manera automática su imposición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por eso, lo que se patrocina es que COLPENSIONES continúe llevando a cabo la conducta de suprimir los tiempos, iterando que esta imposición debe operar ante su naturaleza objetiva resarcitoria a partir del 20 de noviembre de 2020 y, por ende, una conducta violatoria de derechos fundamentales frente a las diferentes historias laborales que emitió la entidad, ya que no fue solo una, sino que existen más de cinco historias laborales que no presentan ninguna coincidencia en los tiempos, presupuestos todos que conllevan a fulminar condena.

Que en lo que respecta a la reparación de los 50 S.M.L.M.V., debe proceder dicha condena toda vez que cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como son las personas que a lo largo de su vida laboran y cotizan para causar un derecho pensional, se presenta una vocación tuitiva y aplicación del derecho a la seguridad social, por lo que a la luz de la primacía de la realidad y a pesar que el pleito que ocupa la Sala se haya manejado simplemente con pruebas documentales, se configuran unas situaciones incontrovertibles que bajo el principio de facultad de determinación cuantitativa o *arbitrium iudicis* el Tribunal puede imponer una cifra inferior pero ejemplar con la finalidad que COLPENSIONES se abstenga de seguir cometiendo la clase de actuaciones sucedidas en el caso de marras, pues es evidente que se configura una vulneración de los derechos fundamentales al *habeas data* y a la seguridad social, al estar plenamente acreditado y contrastado con las diferentes historias laborales, que hubo una supresión de tiempos.

Peor aún, en la historia laboral del 19 de enero de 2015 y en la del 26 de febrero de 2019, se observa que frente al empleador TECNOLOGÍA DE POLÍMEROS yacen unos tiempos reflejados en mora desde el 1º de febrero de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1999 equivalentes a 252.86 semanas, violación axiomática al derecho fundamental al *habeas data* que repercutió a que sea en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la actualidad, cuando ostenta 66 años de edad, que un Juez de la República le haya otorgado su derecho pensional.

Que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 precisa sobre la facultad para solicitar a la Judicatura la reparación del daño causado, aspecto que se presenta ante la irresponsabilidad de COLPENSIONES como consecuencia del mal actuar en la imputación de los periodos en mora que desorientó en las diferentes historias laborales. A su juicio destacó que el fallador de instancia confundió e interpretó erróneamente la demanda como quiera que no se invocó el beneficio de un retroactivo, pues no se podían hacer apreciaciones del IBL o la tasa de reemplazo, ni mucho menos la fecha de solicitud para negar esta pretensión, ya que lo que se persigue es el análisis violatorio del artículo 22 de la Declaración de Derechos Humanos, así como que tampoco se comparte el hecho que el atribuirle a COLPENSIONES por la acción de cobro el reconocimiento de la pensión se pueda entender como una reparación plena e integral que establece el artículo 16 de la referida Ley 446 de 1998, sino que se debe realizar un análisis complementario de la situación acaecida en cuanto a la supresión de los tiempos, pero rompiéndose el paradigma del análisis general del simple reconocimiento retroactivo de los intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídico, si al demandante le asiste el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta las deficiencias de los verdaderos tiempos cotizados como se alude en los supuestos fácticos del *petitum*.

De prosperar el anterior problema jurídico, deberá determinarse si resulta procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100, así como al pago de 50 S.M.L.M.V. a título de reparación del daño por la afectación de sus derechos constitucional y convencionalmente protegidos al *habeas data*, seguridad social, buena fe – confianza legítima, mínimo vital y dignidad humana del accionante.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de reproche que COLPENSIONES emitió a favor de la demandante historia laboral actualizada al 13 de enero de 2021, en la que registró un total de 1260.29 semanas.

El demandante sostiene como argumento principal de sus pretensiones, el hecho de que COLPENSIONES de manera ilógica en el transcurrir del tiempo, ha venido realizando cambios sustanciales en las historias laborales que ha generado, sin tener en cuenta tiempos cotizados con diferentes empleadores.

Una vez confrontado lo pertinente y como ya se indicó, del proceso digital, más exactamente lo que se desprende del expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, se aprecia que esta última emitió historia laboral de la demandante con fecha de actualización al 13 de enero de 2021, en la que se refleja un total de 1260.29 semanas cotizadas por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 1984 y el 31 de julio de 2020.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, como lo sostuvo el fallador de instancia, la accionante refiere que la entidad no tuvo en cuenta los tiempos cotizados con el empleador INGENIERÍA Y POLÍMEROS LTDA., al existir una falta de aportes respecto de dicho empleador, en especial el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1993 y el 5 de septiembre de 1994; circunstancia por la cual, se puede colegir sin dubitación alguna la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y INGENIERÍA Y POLÍMEROS LTDA y, por ende, la afiliación que como dependiente dicha empresa en calidad de empleadora efectivizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con la señora EVA NIETO DE RODRÍGUEZ.

Una vez confrontados dichos tiempos con la historia laboral, esto es, los comprendidos entre el 1º de febrero de 1993 y el 5 de septiembre de 1994, se aprecia que los mismos reflejan *“Periodo en mora por parte del empleador”*. Sobre tal aspecto, clara ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en imponer la mora de los aportes adeudados en responsabilidad de las administradoras pensionales atendiendo la carga que les asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, así puede apreciarse de la sentencia SL4787-2021, Radicación No. 84196 del 19 de octubre de 20231, en la que sostuvo:

“Siguiendo los criterios expuestos en la referida línea jurisprudencial, se tiene, que en lo que respecta a la captación de aportes al sistema, concurren las obligaciones de empleadores y administradoras: del primero, al pago oportuno; y del segundo, la gestión de cobro. Por ende, al consumarse la mora en el pago de las cotizaciones, se genera automáticamente un crédito a favor del fondo de pensiones por el que, en consecuencia, debe cumplir con su deber de recaudo a través de las herramientas que el mismo artículo 24 de la Ley 100 de 1993 le otorga.

“Por su parte, al trabajador le basta con prestar el servicio para tener la condición de cotizante activo, pues con el solo despliegue de su actividad económica causa la contribución, independientemente si el empresario cancela o no los aportes. Así se expuso en la sentencia CSJ SL. 25 en. 2011, rad. 37846, reiterada, entre otras, en la CSJ SL4952-2016:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Se ha de advertir, que a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, el trabajador subordinado afiliado a la seguridad social se tiene como cotizante activo mientras permanezca vigente la relación laboral, aunque se presente mora patronal. Es decir, que la condición de cotizante activo del trabajador dependiente se deriva no solamente de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones como equivocadamente parece entenderlo el Tribunal, sino también de que tenga una relación laboral vigente, independientemente de que haya incumplimiento del patrono en el pago de los aportes respectivos.

“Lo anterior, conlleva a dos conclusiones: i) que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP o del nominador no puede perjudicar al trabajador, pues ya este cumplió su carga dentro del sistema; y, ii) que a la administradora al no cumplir con la gestión de hacer efectivo el crédito de las cotizaciones faltantes, se le impone como consecuencia el pago de la prestación correspondiente.”

Es por ello, que al no advertirse en el plenario que COLPENSIONES hubiese realizado gestiones tendientes al cobro de los aportes de la demandante frente al empleador INGENIERÍA Y POLÍMEROS LTDA por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1993 y el 5 de septiembre de 1994, los mismos debían tenerse en cuenta para el cómputo pensional conforme a las razones expuestas, aspectos todos que conllevan a que la accionante cuente con un total de 1342 semanas cotizadas, mismas a las determinadas por el fallador de instancia, de ahí que proceda la Sala a realizar el estudio pensional deprecado.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir, para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Palmario resulta entonces, que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso de la demandante, se tiene que nació el 11 de diciembre de 1954, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 39 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiaria del régimen de transición por el requisito de la edad, pues a esa calenda tan solo contaba con 514.93, tiempo inferior a los 15 años de servicios dispuesto en la norma.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando éstas cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo esta perspectiva, claro es que la demandante cumplió 55 años de edad el 11 de diciembre de 2009, ya que nació el mismo día y mes de 1954 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, requisito que adquirió con anterioridad al 31 de julio de 2010.

En lo que respecta al segundo requisito para la adquisición del derecho pensional, claro es que la demandante en la actualidad cuenta con 1342 semanas, realizando su última cotización en el 31 de julio de 2020, por lo que se cumplen con los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1º de agosto de 2020, en tanto, para el mes de julio de esa anualidad presentó novedad de retiro, requisito indispensable según el artículo 13 de esa misma disposición.

Atendiendo las directrices del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, al acreditar la demandante 1342 claro es que la tasa de reemplazo de la prestación reconocida es sobre el 90%, aunado al hecho que, por ostentar la densidad de semanas ya referida, el IBL aplicable es el de toda su vida laboral o el de los últimos 10 años de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, verificada la liquidación realizada por el *a-quo*, en la que determinó que la mesada pensional de la demandante al año 2020 ascendía a la suma de \$1.018.348, se aprecia que la misma se ajusta a derecho. Adicionalmente, debido a que la prestación de la demandante es inferior a 3 S.M.L.M.V. y se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, le asiste el derecho a 14 mesadas pensionales conforme lo dispone el Parágrafo 6º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado se confirme hasta aquí.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se deja presente además, que estimó el *a-quo* en debida forma el descuento por parte de COLPENSIONES de los aportes en salud del retroactivo que se le genere a la demandante pues así lo preceptúa la Ley 100 de 1993.

d. De los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sea lo primero indicar, que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Analizado entonces el caso de marras, se tiene que en efecto se configuró un indebido actuar por parte de COLPENSIONES para el reconocimiento y pago del derecho pensional, por cuanto, como se adujo en el recurso de alzada que interpusiera la parte demandante, es evidente la falta de atención de la encartada para la definición total de los tiempos verdaderamente cotizados por la señora EVA NIETO DE RODRÍGUEZ.

Lo anterior, como quiera que, se emitieron sendas historias laborales a favor de la demandante de calendas 23 de marzo de 2012, 19 de enero de 2015, 2 de septiembre de 2017, 24 de enero de 2019, 24 de julio de 2019 y 26 de diciembre de 2019, las cuales, en todo momento reflejaron inconsistencias de periodos que condujeron a que la actora no pudiese estimar los tiempos verdaderamente cotizados, y fue tan solo con la historia laboral que emitiera la encartada con fecha de actualización al 13 de enero de 2021, en concordancia con la presente decisión que se imputó el restante de aportes faltantes con ocasión al empleador INGENIERÍA Y POLÍMEROS LTDA, que fue recogida en su totalidad los tiempos verdaderamente cotizados.

El escenario expuesto, demuestra una negligencia de la entidad que incluso conllevó a que la demandante tuviese que seguir efectuando aportes al sistema al no poder contar con una expectativa legítima de cuales eran las mesadas pensionales verdaderamente cotizadas al sistema, que a su vez se comporta en una situación que a la luz de lo adoctrinado por el órgano de cierre, repercute para la imposición de los intereses moratorios deprecados, los cuales deberán imputarse a partir del 1º de noviembre de 2020 toda vez que la reclamación administrativa se elevó el 30 de junio de esa anualidad, a la que le correspondió la radicación 2020_6247566; circunstancia por la cual, la decisión de primer



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

grado por este puntualísimo aspecto habrá de revocarse para que en su lugar se fulmine condena, lo que a su vez conduce a que no se imponga indexación frente a las mesadas pensionales reconocidas.

e. Del pago de 50 S.M.L.M.V. a título de reparación del daño por la afectación de sus derechos constitucional y convencionalmente protegidos al habeas data, seguridad social, buena fe – confianza legítima, mínimo vital y dignidad humana del accionante.

En términos generales la accionante argumenta esta súplica de la reparación del daño, en el hecho que ante la conducta de COLPENSIONES de permear inconsistencias en la imputación de los aportes realizados durante toda su vida laboral al obstruirse verdaderos periodos laborados ante diferentes empleadores, se le impidió que para el año 2009, fecha en la que adquirió su estatus pensional, pudiera beneficiarse del derecho legalmente adquirido, lo que evidentemente afecta sus derechos fundamentales al *habeas data* y a la seguridad social ante la dolosa actuación de suprimir sus tiempos, de ahí que haya cabida que por esta vía prosperen los perjuicios contemplados en el Código Civil y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Adicionalmente, enfatizó que lo que se presentó fue la violación del artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

De entrada, advierte la Sala que su súplica no goza de prosperidad. El apelante debe tener en cuenta que el Estado Social de Derecho regulado en la Constitución de 1991, determina como derecho fundamental, inalienable e intrínseco a la seguridad social.

Partiendo de esta égida, la Ley 100 en su artículo 1º determina que el objeto de la seguridad social integral es el amparo de los derechos irrenunciables de la persona, aspecto que se amplía con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que establece



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el artículo 2º de dicha disposición normativa, que por demás, en torno a la seguridad propia contempla en su artículo 3º que es obligación del Estado participar como custodio de esos derechos mínimos.

Ahora, si bien, tanto el Código Civil como el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 refieren una reparación en equidad para así obtener se un equilibrio social, el cual se encuentra plenamente hilado a la igualdad contenida en el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede entender el apelante que pueda prosperar una súplica de perjuicios bajo la connotación expuesta.

Nótese que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterativa jurisprudencia ha adoctrinado las diferentes falencias en que las administradoras de pensiones desbordan los límites legales permitidos que conllevan a ocasionar deficiencias de sus coadministrados, escenarios que atendiendo la igualdad de derechos dispuestos en la Carta, en concordancia con el sistema de seguridad social regulado por la Ley 100 de 1993, se han desarrollado en pro de restringir las malas conductas ejercidas dentro de la realidad procesal, como lo es el hecho de análisis de la imposición de intereses moratorios que en sede de instancia se impondrán ante la configuración de una indebida conducta.

Bajo esta premisa, sin desentenderse del sentido de la apelación, las exposiciones del *a-quo* para despachar desfavorablemente la pretensión del demandante no puede desecharse, pues resulta palmario que el hecho de que la actora hubiese continuado su vida laboral con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión que lo fue a los 55 años, repercutió para que la prestación se hubiese podido reconocer con un porcentaje del 90%, tasa máxima permitida a la luz del Decreto 758 de 1990, así como un acomodo para el aumento del IBL atendiendo la forma de realizarse según el condicionamiento del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Y es precisamente en este punto, que la Sala no desorbita el hecho que quedó plenamente demostrado que COLPENSIONES erró en fomentar una rigurosidad en la imputación de los aportes de la demandante con las diferentes deficiencias presentadas en las historias laborales proferidas el 23 de marzo de 2012, 19 de enero de 2015, 2 de septiembre de 2017, 24 de enero de 2019, 24 de julio de 2019, 26 de diciembre de 2019, inclusive con la actualizada al 13 de enero de 2021; pero a pesar de ello, los perjuicios perseguidos resultarían desorientados a los preceptos de la Ley 100 de 1996, pues se itera, los mismos no se regulan en era prerrogativa normativa.

Por otra parte, si en gracia de discusión no resulta de resorte los argumentos esbozados, debe tenerse en cuenta que la actora en ningún momento demostró que ante la falta de reconocimiento pensional, hubiese estado dentro de un marco quebrantable de su integridad o algún perjuicio irreparable, aspecto necesariamente indispensable para adentrarse al estudio de una reparación en los términos pretendidos, por lo que la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

Por último, en lo que atañe al fenómeno prescriptivo, el mismo no se configuró de conformidad con lo establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T., pues al haberse elevado reclamación administrativa el 30 de junio de 2020, presentándose la demanda el 3 de septiembre de 2020 como da cuenta el Acta individual de reparto, claro es que no operó el término trienal de prescripción sobre las mesadas pensionales de la actora, quien ostentó su derecho pensional a partir del 1º de agosto de esa anualidad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de noviembre de 2020 y hasta cuando se produzca el pago de la pensión de vejez de la actora en los términos del Decreto 758 de 1998, y conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a la demandada al pago indexado impuesto en primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00423 01
Demandante: NANCY ROCIO FONSECA PEÑALOSA
Demandado: COLPENSIONES Y POVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY ROCIO FONSECA PEÑALOSA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente se declare que la afiliación efectuada por la demandante es ineficaz o nula por vicios del consentimiento relacionados con la falta del deber de información veraz, oportuna, clara y suficiente por parte de PORVENIR S.A., por lo cual se debe declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación y en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de Ahorro Individual de la demandante, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 24 de septiembre de 1966, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida iniciando en el periodo del 27 de enero de 1989; posteriormente el 25 de marzo de 1997 realizó traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que el traslado de régimen lo efectuó la demandante por haber sido inducida a error por parte del asesor del fondo de pensiones, ya que este nunca le informó sobre el capital, requisitos para obtener la pensión, requisitos que debía reunir para la devolución de saldos, desmejora de en la tasa de remplazo pensional, no le suministro información sobre el cálculo de pensión, que el bono pensional se redimiría hasta los 57 años, pues se limitó a señalarle que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a liquidarse y de continuar perdería la densidad de semanas cotizadas, y que el monto de la mesada pensional sería mayor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Precisa que elevó solicitud ante COLPENSIONES pretendiendo la ineficacia o la nulidad de la afiliación, la que fue negada por dicha entidad; de igual manera, elevó solicitud el 1º de febrero de 2019 a la AFP PORVENIR S.A solicitando la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación, pero dicha solicitud fue desatada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso de referencia error, fuerza o dolo que hubiere afectado la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad límite de pensión, que no ejerció su derecho de retracto así como tampoco asumió su deber de informarse y siguió afiliada a dicho régimen sin inconformidad alguna y permaneció allí durante más 24 años.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas o genéricas y solicitud de condena en costas al demandante.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, resaltando que la decisión de la demandante fue libre e informada siendo asesorada sobre la implicaciones de la afiliación y funciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que según el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el documento de afiliación se presume auténtico en respaldo con los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S., que dicha voluntad se ratificó al vincularse libremente a PORVENIR S.A., se garantizó el derecho de retracto tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito tales como la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, absolvió a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones formuladas por la demandante.

Como fundamento de su decisión adujo que la Ley 797 del 2003 estableció restricciones fijando límites en el tiempo para que las personas cambien o se trasladen de régimen cada 5 años y hasta 10 años antes de cumplir la edad límite de pensión, prohibición que se subsume en el presente evento.

De otra parte que la demandante asegura que en ese momento histórico la única información que le suministro la asesora de PORVENIR S.A. es que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a liquidarse y que obtendría una mejor pensión, circunstancia que no se logró acreditar con lo manifestado por la parte demandante, razón en la cual el principio general del derecho aduce que no es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le es dable a la parte construir su propia prueba o hacer pruebas de su propio dicho, ya que las afirmaciones positivas deben ser demostradas por quien las emplea.

Precisa el Despacho que la decisión adoptada por la demandante en 1997 de cambio de régimen pensional no es inconveniente o desacertada, pues cada 3 años se podía cambiar de régimen pensional, la demandante podía hacer una valoración respectiva, determinaciones pertinentes que no se tomaron en ese momento histórico, puesto que jamás manifestó inquietud o algún tipo de interés en la consolidación del derecho pensional porque aduce la demandante que estaba ocupada o simplemente se generó un desinterés.

De conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993 establece que el empleador o cualquier persona que impida o atente de cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación, selección de organismo de instituciones del Sistema Social Integral, incurrirá en sanción, la afiliación queda sin efecto y podrá escogerse a un nuevo régimen de manera libre y espontánea, pero en el presente proceso no se avizora vicio del consentimiento como el de error, fuerza o dolo, ya que la demandante no se le infligió fuerza, no fue constreñida, obligada o presionada para emitir su consentimiento de afiliarse, máxime que no milita prueba de ello.

No se predica la existencia de un error de hecho, y error de derecho no apareja como consecuencia la ineficacia, ya que el desconocimiento de la ley como principio general de derecho no sirve de excusa.

Finalmente, estimó que cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen, dados todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves entre otros, Así se estableció en fallo CSJ SL 4013 de 2018.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la demandante solicita que se revoque en su integridad el fallo, ya que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 lleva al Juez a determinar o a presumir que se configuraron una serie de vicios del consentimiento, en tanto la demandante manifestó de manera clara las condiciones de tiempo, modo y lugar en que llevó a cabo el traslado de régimen sin el lleno de los requisitos que establece la jurisprudencia desde el año 2008 hasta la fecha, ello en tanto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral determina de manera precisa que los fondos de pensiones deben suministrar información clara, concreta y oportuna sobre el buen consejo y deber de asesoría a sus afiliados.

El fondo privado no asumió su obligación como lo establece el artículo 1604 del C.C. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., que indica que la carga de la prueba para este tipo de procesos lo debe asumir el fondo privado por estar en mejores condiciones y tener la suficiente claridad y acervo probatorio al respecto, no se puede invertir la carga de la prueba haciendo más gravosa la situación de la demandante, jamás se le dio una información sobre su futuro pensional entre ambos regímenes, falta información documentada veraz y oportuna, por lo que es procedente que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes.

Finalmente, que el hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no suple la verdadera información documentada a que está obligada la AFP a suministrar a la demandante sobre las diferencias y características entre cada uno de los regímenes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL 3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 25 de marzo de 1997 a la AFP PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los funcionarios de la época, que el motivo de su vinculación con la AFP fue porque aludieron el argumento de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a liquidarse.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--------------------------|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |



| | | |
|--|---|---|
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, y contrario a lo estimado por el *a-quo* no se acreditó que para el año 1997, la actora haya recibido una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Sobre los actos de relacionamiento, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implique tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.

De tal manera que la Sala concluye que no le asiste razón al fallador de instancia, dado que la jurisprudencia impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, el cual no se encontró cumplido en el presente evento por pasiva.

Bajo tales premisas, no comparte la Sala la conclusión a la cual arribó la falladora de primera instancia, dando lugar a que en su lugar se declare a ineficacia del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, lo anterior implica como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, la AFP tienen el deber de devolver al Sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en torno a la excepción de prescripción como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se revocará en su totalidad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión y en su lugar dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante NANCY ROCIO FONSECA PEÑALOSA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 25 de marzo de 1997 a la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con todos sus rendimientos incluyendo gastos de administración, seguros previsionales y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación debidamente indexado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que le sea factible descontar suma alguna de dinero por algún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora NANCY ROCIO FONSECA PEÑALOSA, desde la fecha de afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las primeras a cargo de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 39 2018 00036 02
Demandante: CARLOS GELVEZ QUEVEDO
Demandado: AMPARO SIERRA FIGUEROA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS GELVEZ QUEVEDO promovió demanda ordinaria en contra de la señora AMPARO SIERRA FIGUEROA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 2013 y el 31 de agosto de 2017, el cual finalizó sin justa causa por parte de la empleadora, cuyo salario diario devengado para el año 2013 ascendió a la suma de \$30.000, para el año 2014 de \$32.500, para el año 2015 de \$35.000, para el año 2016 de \$37.500 y para el año 2017 de \$40.000.

Por consiguiente, depreca se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por la falta de pago de sus prestaciones sociales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el 4 de febrero de 2013 suscribió contrato verbal de trabajo con la señora AMPARO SIERRA FIGUEROA, desempeñando el cargo de Toderero y Servicios Varios en la ciudad de Bogotá, labor que se ejecutó principalmente en la casa de habitación de la demandada ubicada en la carrera 7 No. 237-04, y en algunas ocasiones en otros lugares a donde era enviado por la encartada, tales como las casas de los hijos de esta y una finca ubicada en Chía Cundinamarca denominada Mochuelos de Tonchalá.

Que las funciones desarrolladas consistieron principalmente en el mantenimiento general de la residencia y de los inmuebles, ejecutando actividades de carpintería, pintura, diligencias varias, entre otras. Seguidamente, adujo que su horario laboral era de lunes a sábado desde las 7:30 a.m. hasta las 4:30 p.m., así como que el salario le era pagado de manera quincenal.

Que siempre prestó sus servicios de manera personal, siguiendo las órdenes e instrucciones impartidas por la demandada, pero a pesar de ello, fue despedido sin justa causa el 31 de agosto de 2017.

Adicionalmente, sostuvo que la pasiva durante la vigencia de la relación laboral nunca lo afilió al Sistema General de Seguridad Social, ni pagó sus acreencias laborales, incluido el auxilio de transporte.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada señora AMPARO SIERRA FIGUEROA contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que, con el demandante no se configuró una relación de carácter laboral, bajo el entendido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que laboró al servicio del fallecido señor RAFAEL REYES, así como para el conjunto FLORESTA DE LA SABANA según el informe de la empresa de seguridad G4S, por lo tanto, no existe legitimación en la causa por pasiva.

Asimismo, en el referido informe también quedó consignado que el actor realizaba labores de jardinería de forma ocasional, de ahí que no se pueda predicar la existencia de una relación laboral.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, indebida representación, falta de competencia, falta de legitimación por pasiva, integración del litisconsorcio necesario y falta de legitimación por el apoderado de la parte actora.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia de la relación laboral reclamada, por lo que condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, la *a-quo* consideró que, si bien existe una confesión por parte de la demandada en lo que respecta a que el demandante le prestaba los servicios en los predios Los Laureles y La Pedriza, también lo es que en su interrogatorio señaló que esa labor se realizaba de manera ocasional, tanto en su predio como en el de sus hijos, de ahí que el demandante no hubiese acreditado como le correspondía que esa prestación del servicio la hubiese desarrollado de manera continua desde el 2013 hasta el 2016, lo que conlleva a que las súplicas de la demanda sean negadas.

Que atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de acreditar todo lo relacionado con la prestación personal del servicio le correspondía al actor y, una vez demostrada la misma, es que sale avante la presunción de subordinación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que goza de prosperidad la tacha de sospecha surtida sobre la testigo MARTHA NUBIA LEÓN RICO, cónyuge del demandante, como quiera que relató tener plena certeza de la fecha de ingreso y finalización del vínculo, salarios y otros aspectos, sin que diera cuenta de tales aspectos frente a su propia relación laboral, que señala también sostuvo con la demandada.

Que tampoco tiene congruencia que la testigo tuviera conocimiento preciso de la relación que el actor tenía con la encartada, pero frente a otra relación simultánea que el demandante ostentaba, manifestó varias imprecisiones, de ahí que no se le pueda otorgar credibilidad a sus dichos, máxime que resulta ilógico que el señor CARLOS GELVEZ QUEVEDO tuviese de manera ininterrumpida horarios con la demandada desde las 7:00 a.m. hasta las 4:00 p.m., y que a partir de las 5:00 p.m. hasta las 5:00 a.m. cumpliera una labor como vigilante con el señor HERNÁN GARCÍA.

Que si en gracia de discusión no fuese suficiente lo anteriormente referido con relación a la testigo MARTHA NUBIA LEÓN RICO, como lo expuso en su declaración no tiene conocimiento de la relación laboral que existió entre el demandante y la demandada desde el 2013 y el 2016, ya que en sus dichos solamente manifestó que ella llegaba hasta la portería del conjunto, por lo que no pudo dar plena exposición de la clase de actividad que desempeñaba el actor para con la demandada y si la misma se desarrollaba de manera esporádica, ocasional o permanente.

Que los dichos de MARTHA NUBIA tampoco guardan congruencia con lo manifestado por el testigo JOSÉ DANIEL PRECIADO FLORES, último respecto del cual la *a-quo* adujo que no prosperaba la tacha de sospecha formulada, pero a pesar de ello, insistió que su declaración era contradictoria a la de la señora MARTHA NUBIA, pues llama la atención el hecho que tenga conocimiento preciso y a ciencia cierta de la época en que el demandante inició a trabajar, quién lo contrató y las labores específicas que desarrollaba, entre otros aspectos, pero al preguntársele por la fecha en que el actor inició a laborar dentro del conjunto y en otra finca, dudó en responder la fecha precisa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al unísono, la falladora de instancia concluyó la incongruencia de las declaraciones de la cónyuge del demandante y los supuestos fácticos de la demanda, últimos en los que se adujo que el actor prestaba servicios en un apartamento de los hijos de la demandada en la ciudad de Bogotá, mientras que la señora sostuvo que las actividades siempre fueron desempeñadas por el demandante dentro del conjunto residencial.

Expuso no desconocer que el demandante haya podido realizar algunas funciones u oficios varios, sin embargo, esa prestación personal del servicio no se logró acreditar que fuese de manera continua e ininterrumpida.

Por último, argumentó que, si bien el informe emanado el 31 de agosto de 2017 por la compañía G4S manifiesta que el demandante laboraba, allí se describe que esa labor se desarrollaba en varios predios del Conjunto La Floresta, por lo que el mismo no advierte que haya existido una relación laboral exclusiva entre el actor y la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que dentro del presente asunto existió una indebida apreciación de la prueba toda vez que la misma se analiza de una manera sesgada y dándosele apreciación a una tacha que no tiene vocación de prosperidad.

Que resulta absolutamente engorroso para quien demanda la existencia de un contrato de trabajo, informar respecto de una persona que laboró para una casa de familia donde la demandada era la jefe del hogar, quien no le daba recibos de pago de nómina de lo verdaderamente devengado y donde no existe un contrato escrito de trabajo, por lo que es imposible traer una prueba certera después de varios años para así poderla debatir dentro del proceso.

Adicionalmente, argumentó que debe hacerse un análisis exhaustivo de los testimonios practicados, junto con el interrogatorio de parte rendido por la demandada, pues si bien es cierto que la falladora de instancia acertó que quedó demostrada la prestación personal del servicio, también lo es que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

equivoca en la apreciación valorativa de la prueba que se le da a cada uno de los testigos, pues no es de recibo que se haya manifestado que el señor JOSÉ DANIEL PRECIADO FLORES se contradijo al manifestar situaciones referentes al horario del demandante, la época de descanso, que lo veía laborando en un predio que se encontraba separado por un bosque del otro, sin analizar la prueba en su conjunto, ya que la demandada a modo de confesión sostuvo la existencia de la prestación del servicio, lo que guarda congruencia con el informe rendido por la compañía G4S, el cual refiere sin ninguna dubitación que el servicio se prestaba para la finca La Pedriza y refiere la investigación de sucesos ocurridos igualmente en la finca Los Laureles.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si entre el demandante CARLOS GELVEZ QUEVEDO y la demandada AMPARO SIERRA FIGUEROA se constituyó un contrato a término indefinido, y en caso afirmativo, determinar si hay lugar a las condenas derivadas de este.

c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Recientemente, la Corte en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

En tal sentido, descendiendo al *sub-examine*, se tiene que se practicó interrogatorio de parte a la demandada AMPARO SIERRA FIGUEROA, quien manifestó conocer al accionante desde el año 2016 cuando trabajaba para el señor FERNANDO GARCIA como celador y hacía distintos trabajos esporádicos de jardinería, pintura y reparaciones en algunos predios del Conjunto Floresta de la Sabana, conjunto en el cual vive hace 29 años en la casa La Pedriza junto con su cónyuge de nombre RAFAEL REYES.

Que en el inmueble referido el demandante prestaba algunos servicios de manera ocasional, pero sin que ella le impartiera órdenes sino solo indicaciones, negando que en el informe de G4S hubiese quedado consignado la imposición de órdenes en la prestación del servicio desarrollado. Indicó además que nunca le canceló dinero alguno, puesto que era su cónyuge quien contrataba al demandante para la realización de esos oficios varios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reiteró que en la casa La Pedriza vivía con su cónyuge, siendo enfática en indicar que el actor siempre prestó sus servicios personales en favor de su cónyuge RAFAEL REYES NIETO. Que la casa Los Laureles era de sus hijos, ubicada en el mismo conjunto Floresta de la Sabana, y en ocasiones el demandante hacía algunos trabajos tales como pintar una pared, así como que también se le contrató para hacer algunas reparaciones en un apartamento ubicado en el sector de Pepe Sierra de esta Ciudad.

Que al demandante lo citó la empresa G4S a efectos de hacer una prueba de poligrafía en razón de un hurto sucedido en la casa Los Laureles propiedad de su hija, así como que, dicha prueba de polígrafo resultó positiva, y que en ese proceso se le vinculó al demandante porque una de las personas que llamaron al polígrafo manifestó que quien debía comparecer era el actor, sin que tenga conocimiento que al demandante se le iniciara algún proceso penal.

Que a comienzos del mes de septiembre de 2016 su cónyuge atravesó por un precario estado de salud, y que al demandante en ningún momento se le pagó un salario, ya que en ocasiones cuando realizaba algún trabajo esporádico era su cónyuge quien lo cancelaba, siendo enfática en que al actor quien lo tenía contratado laboralmente era el señor HERNÁN GARCÍA, contratación que versaba sobre una actividad de vigilancia; tanto así, que el demandante vivía allí en una caseta, y era solo en su tiempo libre que desarrollaba esas actividades de pintura, reparación y jardinería, entre otras.

Precisó que esas actividades extras las desarrollaba el demandante en la casa de su esposo durante 4 días, ya que el jardín no se corta sino cada 3 semanas, y en ocasiones venía un día a pintar una pared, misma labor que el actor desarrollaba con todas las casas del conjunto.

La testigo MARTHA NUBIA LEÓN RICO, tachada de sospecha, expuso que en la actualidad se dedica a la actividad de servicios generales, cuyo estado civil es el de unión libre, siendo compañera permanente del demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Indicó constarle que el demandante laboró al servicio de la encartada aproximadamente desde el año 2013 hasta el año 2017, desempeñando la actividad de Oficios Varios, y en virtud a que el actor laboraba en ese lugar, ella como testigo también logró laborar para la demandada por días, más exactamente 3 días a la semana.

Por tal razón, relató constarle que era la demandada quien le impartía las órdenes al actor, le cancelaba el salario, la actividad la desempeñaba con un horario de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., y en la noche el demandante laboraba al servicio del señor HERNÁN GARCÍA cuidándole su casa. Además, resaltó que su labor para con la demandada era de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.

Que con el señor HERNÁN GARCÍA el demandante laboró aproximadamente 6 años, empezando esas labores desde el año 2010 o 2011. Que recuerda que la labor del demandante con la demandada inició en el año 2013 porque ella es la pareja del actor, de ahí que se lo haya manifestado.

Indicó que ella laboró al servicio de la demandada aproximadamente desde el 2016 hasta el 2017, reiterando que su jornada era de 3 días semanales, que convive con el demandante desde hace 28 años, pero sin recordar la calenda inicial de esa convivencia.

Que cuando el demandante laboró al servicio del señor HERNÁN GARCÍA, contaba con una caseta y allí se quedaba en las noches cuidando su predio, laborando en el día al servicio de la demandada.

Mencionó que ella solo puede dar testimonio de la labor del actor para con la demandante desde el año 2016 y en adelante cuando ella laboraba al servicio de la demandada; frente al interregno anterior, refirió que simplemente tenía conocimiento que el actor desarrollaba dichas actividades, en tanto no conocía de manera precisa en qué consistían sus labores. Que entre los años 2013 a 2016, ella visitaba en el lugar de trabajo al actor con una frecuencia de 2 o 3 días a la semana, y se encontraban en la portería del Conjunto La Floresta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió no tener conocimiento que aparte de la demandada y el señor HERNÁN GARCÍA el actor desarrollara actividades a otros propietarios que tuviesen casas en el Conjunto La Floresta, que el descanso del demandante era cada fin de semana y que la encartada para el año 2013 le pagaba al extremo accionante la suma de \$30.000 diarios, y cada año su día trabajado se incrementaba, recibiendo para el año 2017 un salario mensual de \$480.000.

Que el señor HERNÁN GARCÍA por su parte le cancelaba al demandante un salario mensual de aproximadamente \$1.100.000. Señaló que las actividades que desarrollaba el demandante a la encartada eran las de cortar la leña, pagar servicios, colaborar a los hijos de la demandada, jardinería, entre otras actividades.

Mencionó que conoció al cónyuge de la demandada porque ella como testigo era quien le preparaba el desayuno en las mañanas a la pareja, y quien le daba las órdenes a ella era la demandada, órdenes que también le impartía al demandante. Que el demandante no continuó laborando al servicio de la demandada por cuanto en el año 2017 se presentó un robo en el conjunto del cual lo responsabilizaron.

No tuvo conocimiento si en la casa de la demandada existía un jardinero a parte del demandante, puntualizando que el horario en que el actor le prestaba servicios al señor HERNÁN GARCÍA era de 5:00 p.m. a 6:00 a.m. Dijo no recordar la fecha exacta en que ella entró a laborar con la demandada y tampoco indicó el extremo final de la finalización de sus labores para el año 2017.

El testigo JOSÉ DANIEL PRECIADO FLORES, tachado de sospecha, indicó en su declaración que conoció al demandante aproximadamente en el año 2009 o 2010 como celador en la portería del Conjunto La Floresta, siendo el actor compañero de su hijo cuando trabajaban con la empresa Imperio. Con posterioridad, el demandante se retiró de allí y se fue a trabajar como celador de la finca del señor HERNÁN GARCÍA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que al poco tiempo vio trabajando al demandante en la casa La Pedriza y en la finca Los Laureles, última que estaba en remodelación, y tiene conocimiento de eso porque su cónyuge laboraba en inmediaciones de la finca Los Laureles, por lo que subía a acompañarla al trabajo y a repartir el periódico. Que el Conjunto La Floresta consta de 380 casa quintas, y él como testigo ha laborado allí prácticamente durante toda su vida.

Que como testigo trabajó con el señor RAFAEL REYES, y que la finca La Pedriza consta de aproximadamente tres fanegadas y media, sumado a que, al trabajar en ese conjunto fue que veía al demandante de domingo a domingo.

Que el demandante inició labores con el señor HERNÁN GARCÍA desde el año 2012 como celador, siendo su horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. y descansaba los domingos. Que en la finca Los Laureles empezó el actor a laborar en el año 2013 en Oficios Varios, y para esa fecha él como testigo laboraba cerca de la finca Los Laureles. Que el demandante ayudó para el año 2013 en la remodelación de la casa Los Laureles, y siempre vio al demandante en las casas La Pedriza y Los Laureles y en las noches laborando como celador con el señor HERNÁN GARCÍA. Que además el demandante laboró en esas fincas hasta el día que surgió un inconveniente por un hurto cometido a mediados del año 2017.

No tiene conocimiento si la esposa del demandante lo iba a visitar al condominio, nunca la vio dentro del condominio; y que en Los Laureles y en La Pedriza, a parte del actor, no existía otra persona que desarrollara funciones de jardinero.

Que le consta que quien contrató al demandante para laboral en La Pedriza y Los Laureles fue la demandada, teniendo conocimiento de ello por cuanto él como testigo trabajó en el año 2010 para el señor RAFAEL REYES, cónyuge de la demandada, mucho antes de que el actor iniciara sus labores, de ahí que le conste que la demandada tenía un personal, entre ellos el demandante, y el señor RAFAEL REYES manejaba otros trabajadores.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que él después de haber trabajado para el señor RAFAEL REYES no volvió a frecuentar Los Laureles y La Pedriza, siendo reiterativo en precisar que siempre vio al demandante laborando en Los Laureles y en la propiedad del señor HERNÁN GARCÍA en donde trabajaba como celador, y que solo tienen conocimiento del hurto ocurrido en Los Laureles porque el mismo demandante se lo comentó.

Así las cosas, la Sala puede colegir que le asiste razón a la falladora de primera instancia, pues al analizar en conjunto las pruebas aportadas se hace imposible determinar si la prestación del servicio fue de manera continua e ininterrumpida a favor de la señora AMPARO SIERRA FIGUEROA como se pasa a considerar.

Se tiene que en las declaraciones de los testigos MARTHA NUBIA LEON RICO y JOSE DANIEL PRECIADO FLOREZ hay claras contradicciones, ya que no compaginan frente a las funciones desarrolladas, el tiempo desempeñado y a favor de quién las desplegaba, pues si bien se expresó por ambos testigos que eran a favor de la demandada, en el transcurrir de su declaración, o no explican tal afirmación o entran en contradicción frente a las circunstancias narradas, por lo que no se puede tener por probada en forma fehaciente la prestación personal del servicio.

Nótese que analizando de manera puntual el testimonio de la señora MARTHA NUBIA LEON RICO, más allá de la prosperidad de la tacha de sospecha, según su dicho solo le consta lo que vio cuando trabajaba con la demandada como empleada doméstica en el periodo 2016 y 2017, yendo 3 días a la semana, toda vez que con anterioridad no tuvo conocimiento directo de las supuestas actividades desarrolladas por el demandante, en tanto, como ella misma lo advirtió en su declaración, ni siquiera ingresó al Conjunto La Floresta, lugar que como quedó evidenciado, era donde se encontraban las casas Los Laureles y La Pedriza en las que se alega se prestó el servicio.

Asimismo, antes del año 2016 la declarante solamente llegaba a la puerta del Conjunto Floresta de la Sabana a llevarle ropa a su compañero permanente y aquí demandante, aunado a que, al preguntársele por el salario devengado por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el actor, manifestó saber de tal aspecto por los mismos comentarios que le manifestaba el demandante, lo que a juicio de la Sala la convierte en testigo de oídas, pues no presenció de manera directa los hechos enmarcados en sus aseveraciones; circunstancia por la cual, como lo concluyó la falladora de instancia, no se le puede otorgar plena credibilidad a la declaración rendida por la señora MARTHA NUBIA LEON RICO, máxime si se tiene en cuenta que la testigo relató de manera acertada y puntual los años precisos en los que laboró el actor, tópico que resulta dudoso como quiera que al responder cuándo ella como declarante laboró al servicio de la demandada, tuvo desconocimiento sobre los extremos precisos de dicha vinculación.

Acompasando las declaraciones del testimonio rendido por el señor JOSÉ DANIEL PRECIADO FLÓREZ, este afirmó que observaba todos los días al demandante trabajando en los predios La Pedriza y Los Laureles, que podía verlo trabajar allí cuando se dirigía a sus sitios de labores en el Conjunto Floresta de la Sabana entre las 7:00 a.m. a 8:00 a.m., que el horario del actor era de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. porque cuando se retiraba con su esposa para su casa, todavía lo veía trabajar en alguno de esos predios.

Y es precisamente aquí donde se presenta la primera contradicción del señor DANIEL PRECIADO FLOREZ con los dichos de la señora LEÓN RICO y con el escrito de la demanda, toda vez que en lo señalado se evidencia que el horario del demandante era hasta las 4:30 p.m. y no hasta las 5:00 p.m. como dice el testigo. Si bien la diferencia de tiempo de media hora no es amplia, lo que llama la atención a la Sala es la actividad que el actor realizaba en ese momento, ya que según la señora LEÓN RICO a esa hora el demandante la acercaba a la estación de Transmilenio y después se iba a trabajar con el señor HERNÁN GARCIA como celador, mientras que el testigo PRECIADO FLÓREZ afirmó que todavía estaba a las 5:00 p.m. trabajando en los predios Los Laureles o La Pedriza.

Igualmente, se aprecia que el testigo aseguró que el demandante estaba todos los días en esos predios haciendo labores de limpieza y mantenimiento, a *contrario sensu*, la señora LEÓN RICO manifestó que no siempre las labores de jardinería se realizaban, aspectos todos que conllevan a que la Sala no pueda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tener por acreditada una prestación del servicio continua e ininterrumpida del actor para con la encartada, iterándose que las declaraciones de ambos testigos no gozan de una credibilidad específica sobre la verdadera actividad y forma de prestación personal del servicio del actor.

Ahora, como lo expuso la *a-quo*, no se explica cómo el demandante permaneció con dos empleos, tanto con la demandada como con el señor HERNÁN GARCÍA con horarios de 24 horas diarias, ya que físicamente resulta imposible que en ningún momento del día pudiera tener un descanso personal que lo habilitara para apartarse de sus actividades.

Vale la pena precisar también, que como lo expuso la falladora de instancia, con la confesión de la demandada señora AMPARO SIERRA FIGUEROA en su interrogatorio de parte, puede apreciarse que la misma no desmintió que el actor desempeñara labores de oficios varios, lo que sucede es que, tal prestación probatoriamente no quedó bajo un escenario directo ni constante con la demandante, por el contrario, lo que se denotó es que las actividades desarrolladas por el señor CARLOS GELVES QUEVEDO fueron de manera esporádica, en el entendido que no yace prueba fidedigna de un horario permanente como hasta aquí se ha expuesto.

Otro aspecto a resaltar, es que el apelante aduce que la prueba allegada por la propia demandada atinente al *"Informe administrativo de cierre de investigación Presunta Intrusión y hurto Elementos Predio Los Laureles"* llevada a cabo por la compañía G4S el día 31 de agosto de 2017 (Fls. 36 a 37 – Expediente Digital), acredita que en efecto quedó plenamente probada la prestación personal del servicio y, por consiguiente, el elemento subordinante.

Su argumento se cae de peso, toda vez que confrontado el informe de la referencia, se puede observar que del mismo lo que se desprende es que el actor desempeñó una actividad, que como ya se ha dicho no goza de continuidad para endilgar que la prestación personal del servicio fue de forma permanente e ininterrumpida con la demandada, opuesto a esto, lo que se colige del informe es que se presentó un presunto suceso de hurto dentro de la propiedad Los Laureles, y que si bien se hace referencia al actor y se relata



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la palabra “*laboraba*”, los argumentos anteriormente expuestos derrotan esa apreciación, más aún que se debe tener en cuenta que atendiendo la apreciación libre del convencimiento por parte del operador judicial al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., el material probatorio debe analizarse conjuntamente; concluyéndose así que no hay lugar a que se hayan configurado los elementos esenciales para la configuración de una verdadera relación laboral, por lo que la sentencia de primer grado habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

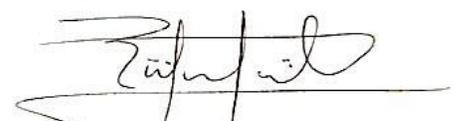
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 039 2020 00 069 01
Demandante: LIGIA CORREDOR CORREDOR
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LIGIA CORREDOR CORREDOR, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare la ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., fundamentada en el incumplimiento del deber de información de la citada AFP al momento del traslado de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiese existido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además de lo que resultare probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Aduce la demandante como fundamento de sus pretensiones que comenzó sus cotizaciones para pensión desde el 5 de agosto de 1986 mediante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que se afilió a PORVENIR S.A. el 8 de abril de 1994 al vincularse como asesora comercial del fondo en ese año, sin embargo, continuó realizando aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el año de 1996 para un total de 394,29 semanas. Seguidamente se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 17 de octubre del 2000.

Con respecto a la información que recibió por parte de PORVENIR S.A. manifiesta que no fue veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias de su traslado de régimen, pues no se le informó sobre las características y diferencias de cada régimen pensional, la posibilidad de trasladarse a COLPENSIONES antes de cumplir 47 años, la prohibición de traslado cuando le faltaren 10 años para pensionarse, así mismo no se le realizó una proyección pensional tomando en cuenta las características de cada régimen.

Finalmente, para reforzar sus argumentos anteriores, pone de presente la proyección pensional realizada en PORVENIR S.A. pues con esta AFP obtendría una mesada aproximadamente de \$828.116, mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$1'416.928.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones consignadas en el escrito de demanda, argumentando que la afiliación verificada por la demandante es válida, puesto que estuvo precedida de una decisión informada al brindarle la debida asesoría indicándole todos los riesgos de su traslado y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y estar conforme el traslado a todas las normas vigentes para ese momento. Asimismo, que no hay prueba aportada por la demandante para acreditar un vicio del consentimiento, como no es predicable una nulidad del traslado ya que después de 26 años de estar vinculada al fondo de pensiones no hizo uso de su derecho de retracto y no se informó debidamente para ampliar o complementar la información recibida ratificando su deseo de permanecer afiliada.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, pues no hay lugar a la declaratoria de ineficacia y a sus eventuales condenas consecuenciales al no avizorar que la demandante hubiese incurrido en error por falta del deber de información, al contrario, se evidencia que el traslado es totalmente válido, libre y espontaneo, así como ajustado a derecho. En el mismo sentido expresa que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo cual está inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de octubre 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. ocurrido el 1° de mayo de 1994, así mismo condenó a esta AFP a devolver a COLPENSIONES los valores correspondientes a las sumas que obren en la cuenta individual más los rendimientos financieros y cuotas de administración debidamente indexadas, sin lugar a descuentos por seguros de invalidez o sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima. Así mismo COLPENSIONES deberá recibir los dineros anteriormente descritos y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad. Se condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A.

Para llegar a esa conclusión, la *a-quo* argumenta basada en los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, la insuficiencia del formulario de afiliación para demostrar la debida información, deber que tienen las AFP contenido entre otras normas en el decreto 663 de 1993, para así generar una decisión emanada de una libertad informada. Que para el despacho una información transparente y suficiente se da al proporcionar información objetiva, comparada y comprensible.

Seguidamente, se refirió la juzgadora, a la carga de la prueba expresando que esta le corresponde a las Administradoras según los artículos 1604 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso referidos a la prueba de la diligencia y cuidado en el contrato por conocer el servicio que ofrece, así como la prueba ante negaciones indefinidas respectivamente. Con todo, corresponde a las administradoras probar que si se dio la debida información.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo anterior, descendiendo al caso en concreto, encuentra que no se cumplió por parte de PORVENIR S.A. con la carga probatoria que le endilga la ley sustancial y procesal, pues no se allegó ninguna prueba de que se hubiese proporcionado la información suficiente en 1994 y 1998, ya que el formulario de afiliación no es suficiente para dar cuenta de la información como se explicó anteriormente y en el interrogatorio de parte no se avizora confesión de la demandante de haber recibido la información debida, sin dejar de lado que haber trabajado para PORVENIR S.A. no es óbice para no demostrar el deber que le asistía a la AFP, fuera en capacitaciones o al momento de su afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia invocando que frente el Decreto 663 de 1993 establece un deber de información a las entidades financieras, entre ellas las AFP, no obstante, se aparta de la interpretación de dicha norma al considerar que la misma estaba dirigida a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y por consiguiente no se tenía la obligación de señalar características de uno u otro régimen pensional ni los beneficios para los afiliados, siendo este un deber de asesoría, máxime que el deber de información se constituyó con el Decreto 2555 de 2010.

Seguidamente se aparta de la interpretación del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues en su sentir no debe estar precedida la afiliación de un consentimiento informado, pues solamente la norma se refiere a ser libre y voluntario, así mismo refiere que no hay lugar a la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que este no consagra ineficacia del traslado por fallas en la información suministrada, sino cuando se atente contra el derecho de afiliación.

Menciona que no se probó por parte de la demandante la coacción a la que fue sometida por parte de PORVENIR S.A. para firmar el formulario de afiliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por ser un requisito para trabajar con dicha AFP, situación que según el artículo 167 del C.G.P. si estaba en cabeza de esa parte. Así como que las manifestaciones realizadas en el interrogatorio de parte no deben ser tomadas como confesión a su favor, pues el hecho de haber sido asesora comercial de PORVENIR S.A. da cuenta que conocía las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y de esta prueba también se puede colegir que incumplió sus obligaciones como consumidor financiero.

Finalmente considera que la carga de la prueba no debe ser invertida imponiéndole a los fondos privados dicha obligación, puesto que al observar la demanda se encuentran negaciones concretas y no son indefinidas. En el mismo sentido expresa que de confirmar la sentencia de primer grado se absuelva a PORVENIR S.A. de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, pues se genera una doble condena y contra los mismos opera el fenómeno prescriptivo, así como para los seguros de invalidez y muerte y los conceptos de garantía de pensión mínima.

Por su parte COLPENSIONES presentó recurso de alzada al considerar que no se probó el constreñimiento a la demandante para realizar el traslado de régimen siendo este libre y voluntario, así mismo que fue asesora de PORVENIR S.A. y por esta razón debía tener conocimiento del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; en la misma línea expresa que incumplió sus deberes como consumidor financiero, pues también los usuarios deben estar informados al adquirir ciertos servicios y ella nunca se acercó a los fondos de pensiones demandados a solicitar información. Enfatiza que está inmersa en la prohibición legal para trasladarse, su voluntad estuvo ratificada por estar más de 20 años y la acción de ineficacia del traslado no se puede utilizar cuando la motivación sea no estar satisfecha con sus expectativas pensionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido. Además, que dicha carga probatoria depende de no solo el plasmar negaciones indeterminadas en la demanda, situación dada en el caso en concreto, sino también porque es la AFP quien debe tener la documentación soporte del traslado y esta es la que ostenta el deber de información endilgado por la ley desde su creación.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora LIGIA CORREDOR CORREDOR realiza su traslado de régimen a PORVENIR S.A., con fecha del 8 de abril de 1994 (Fl. 30 del documento digital 01ExpedienteDigitalFolios1a81) y el formulario suscrito con HORIZONTE el 17 de octubre de 2000 (Fl. 29 del mismo documento antes citado); si bien en ambos formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

citada: “desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”

Del interrogatorio de parte practicado a la accionante no se colige que la accionante haya confesado estar debidamente informada, por el contrario manifestó haber realizado el cambio de régimen porque ingresó a PORVENIR S.A. a trabajar en el cargo de asesora y como requisito para contratarla era el afiliarse al fondo, situación materializada con un ejercicio de capacitación afiliándose entre compañeros con la finalidad de aprender a diligenciar el formulario; así mismo recibió como capacitación una charla de aproximadamente 40 minutos en un auditorio en el que se expuso que PORVENIR S.A. era una mejor opción de fondo de pensiones ya que el INSTITUTO DESEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, sin embargo posteriormente no recibió instrucción de los productos que ofrecía PORVENIR S.A. en esa época.

Seguidamente se retiró de laborar con PORVENIR S.A. y trabajó con el INPEC por medio de contratos de prestación de servicios desde 1994 hasta 1997, pasado un tiempo efectuó traslado horizontal a HORIZONTE S.A. por petición de su empleador en aquel tiempo, puesto que cotizaban con dicha AFP.

Continuando con el interrogatorio manifiesta que su motivación para trasladarse a COLPENSIONES es, además del monto de su eventual mesada pensional, la sensación de haber sido engañada por parte de PORVENIR S.A., pues en el momento de su afiliación omitieron decirle la rentabilidad que tendrían para mejorar su pensión, qué pasaría con los aportes efectuados en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, los requisitos para pensionarse así como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la designación de beneficiarios, que no obstante si tenía conocimiento, no comprendía cabalmente para que hacerlo.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la demandante fue por un tiempo difusa asesora de PORVENIR S.A. en 1994 tal circunstancia no acredita ni subsume que hubiese recibido la debida información al momento de su traslado, pues la referida AFP no acreditó cómo se desarrollaron las capacitaciones a los futuros asesores para el año en comento y por consiguiente la información proporcionada respecto al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Ahora bien, si bien es cierto que la demandante no acreditó la coacción sufrida por parte de PORVENIR S.A. para suscribir el formulario de afiliación y consecuentemente trasladarse de régimen pensional, tampoco es menos cierto que, como se ha enfatizado a lo largo de esta providencia, la carga de la prueba del deber de información está a cargo de la AFP, por lo que al no acreditar este presupuesto en el proceso puntual no se puede tener entendido el traslado de régimen como precedido de una decisión informada, y por lo tanto válido, al omitir información crucial para generar una decisión objetiva al momento de trasladarse.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|--|--|
|----------------------------|--|--|



| | | |
|--|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Por todo lo anterior, se confirmará la decisión de la juez de primera instancia en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no tener por probado el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.

Respecto a la inconformidad de la apoderada de PORVENIR S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora LIGIA CORREDOR CORREDOR.

En lo atinente a la inconformidad de PORVENIR S.A. sobre la indexación de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

<<7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S.A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 de sep.2008, rad.31989, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor”.

Por ende se confirmará en ese aspecto la decisión de primer grado, al ser la indexación de estos gastos una consecuencia directa de la ineficacia del traslado pensional.

Con todo, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración y primas de aseguramiento, así como lo contemplado para la garantía de pensión mínima, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados o tenían esa destinación, con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

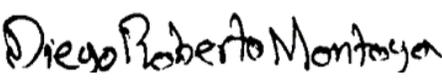
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

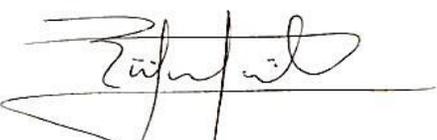
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 39 2019 00471 01
Demandante: EDGAR MANUEL SASTRE CIFUENTES
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR MANUEL SASTRE CIFUENTES, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual se debe declarar la nulidad de la afiliación a la AFP y que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. al pago de los perjuicios causados, así como los intereses moratorios, pago de costas y agencias en derecho.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que tiene 62 y que efectuó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 12 de abril de 1982 y el 30 de mayo de 1999.

Que se encontraba laborando en el Hospital Simón Bolívar, siendo visitado por un asesor de la AFP demandada, quien le informó que se debía trasladar de régimen pensional porque el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL iba a desaparecer y su ahorro pensional se perdería, de ahí que haya firmado el formulario de afiliación.

Que, a pesar de lo anterior, no recibió de PORVENIR S.A. una información adecuada respecto de las diferencias entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las ventajas y desventajas de los mismos, ni se le realizó una presentación formal de los riesgos del traslado ni la forma en que se impactaría el valor de la mesada pensional, ni se le informó el derecho de retracto.

Precisa que el 12 de julio de 2019, elevó derecho de petición ante la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES solicitando información y en aras de obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, pero dichas solicitudes fueron desatadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia que se le hubiere hecho incurrir en error por la falta del deber de información que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de mérito de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda, resaltando que al actor se le brindó información adecuada para que optara por el derecho de trasladarse de régimen pensional, no obstante, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen pensional se encontraban claramente establecidos en la ley; también se le informó la posibilidad de ejercer el derecho de retracto, además esgrime que la vinculación fue totalmente libre, voluntaria, exenta de constreñimiento y libre de cualquier vicio.

Propuso las excepciones de fondo tales como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con efectividad desde el 1º de julio de 1999; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivientes.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir los recursos que provengan de PORVENIR S.A. y reactivar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como la 31989 de 2018, SL 037 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 2011 de 2020, SL 4933 de 2020, SL 214 de 2020, STL 2082 de 2019, STL 59356 de 2020 y la STL 5476 de 2020, es deber de las AFP suministrar información suficiente y transparente para los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste a las AFP, ya que a los usuarios en materia *lego* se les debe suministrar la información suficiente, clara y oportuna.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte. Argumentos por los cuales, se declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico sin descuento alguno.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque totalmente la sentencia aduciendo que en el momento histórico de la afiliación el único requisito que se exigía era el formulario de afiliación, ya que la Ley 100 de 1993 no estableció ninguna obligación puntual en materia de información, por el contrario, lo que se regulaba era la afiliación libre y voluntaria sin ningún tipo de coacción.

También infiere que los verdaderos motivos del demandante son de carácter económico tal y como lo aduce en el interrogatorio de parte, ya que percibiría una pensión superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de igual manera plantea que el demandante en ese momento histórico no se informó, puesto que si bien es cierto que gozan de derechos también gozan de obligaciones, vulnerando así el principio de igualdad.

Solicita que de confirmar la ineficacia no se devuelvan los emolumentos de los gastos de administración y seguros previsionales, ya que PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realizó una debida gestión de estos en la cuenta de ahorro individual del demandante.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad las condenas del *a-quo* en cuanto a su representada, ya que el demandante hizo uso del derecho de traslado que contempla el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 de manera libre y espontánea sin que medio ningún vicio del consentimiento.

Sostiene que mientras el demandante estuvo afiliado a PORVENIR S.A. no presentó ninguna inconformidad sino hasta el año 2019, momento en el cual cumplía con la edad mínima para acceder el derecho de pensión, igualmente aduce que el consumidor debe ilustrarse y que no sean solo las AFP quienes deban suministrar dicha información, sino que los afiliados también deben de solicitarla.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 6 de mayo de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, que el motivo de su vinculación con la AFP fue porque aludieron el argumento de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCUALES se iba a liquidar y su ahorro pensional se perdería, por ende no se puede obtener una afirmación de que al actor se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|---|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le |



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

| | | |
|--|---|--|
| | | conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, y contrario a lo estimado por el *a-quo* no se acreditó que para el año 1999, la actora haya recibido una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto de todos los gastos de administración y seguros previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no efectuó la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales que deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, vale la pena resaltar respecto de que el consumidor debe ilustrarse y que no sean solo las AFP quienes deban suministrar dicha información, sino que los afiliados también deben de solicitarla; la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1452 de 2019 con radicado 68852 expone lo siguiente:

“En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad»

En respaldo de lo anterior, no es viable invertir la carga de la prueba a la parte débil de la relación contractual, ya que las AFP como entidades financieras y de la seguridad social son las responsables de suministrar información clara, veraz y oportuna a los afiliados lego que no tienen conocimiento ni experticia en este tipo de asuntos que manejan un alto nivel de complejidad, contrario sensu, las AFP están en la obligación de suministrar dicha información, toda vez que estas son estas entidades que manejan un control, una experticia y un profesionalismo dado a sus operadores.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

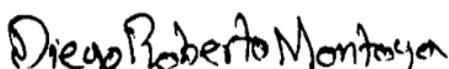
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de octubre del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

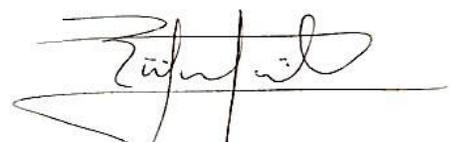
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020